Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden

von

D. Adolph Dieterich Weber,
der Rechtsgelahrtheit ordentlichem öffentlichen Lehrer
zu Rostock.

Zweite unveränderte Auflage.

Zweites und drittes Stück.

Leipzig,
bei Karl Franz Köhler
1823.

Vorbemerkung zur zweiten Auflage.

Nach dem Wunsche des Herrn Verlegers mache ich hierdurch bekannt, daß gegenwärtige neue Auflage der nachstehenden Schrift meines verstorbenen Vaters mit meiner Zustimmung veranstaltet worden ist. Den Inhalt des Werkes durch etwanige Berichtigungen oder Zusätze zu verändern, habe ich übrigens weder nothwendig noch rathsam finden können.

Neustrelitz, im Julius 1823.

Dr. A. W. L. Weber.

Inhalt.

10.

Ueber die zweckmäßige Bestimmung der in vorkommenden Fällen anzustellenden, oder bereits angestellten Klage.

Richter und Advocaten geben es wol zu, daß die gehörige Bestimmung der Klage, die man anzubringen, oder wirklich angebracht hat, so wol für die Verhandlung, als auch für die Beurtheilung eines Rechtsstreits von großer Wichtigkeit sei. Die Erfahrung lehrt aber, daß in vielen Fällen, wo dieser Punkt die größte Aufmerksamkeit, und die sorgfältigste Prüfung verdient hätte, doch nicht sehr darauf geachtet wird. Nichts konnte dem praktischen Leichtsinne, wovon die Gerichtsarchive unzählige Beweise aufbewahren, willkommner sein, als der Ausspruch des Papstes:

Prouideatis attentius ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum patrum instituta inuestigare curetis. Cap. 6. X. *de iudiciis.*

Diese Vorschrift kann freilich die Sorglosigkeit nicht begünstigen, womit mancher Klagevortrag angebracht wird, ohne die Sache vorher unter die Rechtsmaterie gehörig zu subsumiren, die eigentlich die Regeln und Grundsätze zur Entscheidung darbieten soll. Fast scheint es aber, daß, wenn das genus actionis in vorkommenden Rechtsfällen zur Frage kommt, nicht immer recht deutlich Alles das gedacht wird, was doch diese Frage eigentlich nur andeuten kann, und soll. Dieß klingt zwar etwas auffallend, aber im Grunde ist es doch wol so. Die Klage ist bekanntlich nichts anders, als directe Verfolgung eines Rechts vor Gericht. Weiß ich also das Recht, was ich eben geradezu ausführen will, ganz deutlich und bestimmt, so kann nicht einmal gefragt werden, welche Klage ich anzustellen habe; denn diese ist materialiter und an sich schon durch das Recht selbst angegeben, was ich zu verfolgen denke; und jene Frage würde dann eigent-

eigentlich nur auf den technischen oder gesetzlichen Nahmen der Klage hindeuten, womit die Gesetze und Rechtsgelehrten der Kürze und des bestimmten Unterschieds wegen die mehrsten Klagen bezeichnet haben, welches aber natürlich nur dazu dient, um mit einem Worte sogleich das Recht in seinem ganzen Umfange anzugeben, was eben jetzt gerichtlich verfolgt wird, oder verfolgt werden soll. Ich habe Jemandem Bücher geliehen, die er theils beschädigt hat, theils mir ungebührlich vorenthält, und bin daher genöthigt, gerichtliche Hülfe gegen ihn zu suchen. Dazu berechtigt mich schon gleich der Contract, ohne Rücksicht ob die Bücher die Meinigen sind oder nicht. Ich kann ihn also bloß vermöge des Contracts belangen, und meine Rechtsbefolgung wird alsdann mit dem Nahmen actio commodati bezeichnet. Diese anstellen, heißt nichts anders, als directe die Befugnisse geltend zu machen suchen, die uns der Leihcontract giebt. Indem man also ganz bestimmt diese Rechte verfolgt, oder verfolgen will, und dieß schon als ausgemacht angenommen wird, kann eigentlich nicht mehr gefragt werden, welche Klage angestellt, oder anzustellen sei? denn hierauf ist die Antwort schon durch die Voraussetzung, mithin durch die Frage selbst gegeben. Es kann daher nur die Frage sein: Hat

diese Klage einen technischen Nahmen und welchen? Will man aber in jenem Falle, ohne sich zur Zeit schon auf das Contractsverhältniß einzuschränken, überhaupt erst wissen, wie und auf welchem Wege man wieder zu dem Seinigen gelange, wenn es von andern beschädigt, oder uns ungebührlich vorenthalten wird, so kann im eigentlichen Verstande nach der anzustellenden Klage gefragt werden, und die Antwort bestimmt alsdann erst die besondre Art des Zwangsrechts, welche man in Ausübung zu bringen hat. Eben so verhält es sich bei wirklich schon angebrachten gerichtlichen Anträgen. Wenn es zweifelhaft ist, auf welche Rechte sie eigentlich gegründet sind, so sollen eben diese durch das genus actionis näher bestimmt werden, sonst aber gilt es nur den Nahmen der Klage. Ich kann nun gegen den, der mir das Meinige unrechtmäßig verweigert, die Rechte des gehabten Besitzes überhaupt — actio spolii — die Rechte des redlichen Civilbesitzers besonders — actio publiciana — die Rechte des wirklichen Eigenthums — rei vindicatio — die Rechte aus dem Contract — actio commodati — die Rechte wegen ungebührlicher Beschädigung des Meinigen — actio legis Aquiliae — verfolgen. Die Angabe jeder dieser Klagen auf die vorhin gedachte Frage ist also natürlich nichts anders,

ders, als eine bestimmte Anzeige der Rechte, welche eigentlich in dem vorkommenden Falle geltend gemacht werden sollen. Dieß ist freilich an sich wol einem Jeden sehr einleuchtend, und dennoch scheint es, daß nicht immer eben so deutlich hieran gedacht wird, wenn es auf eine Auswahl und nähere Bestimmung unter mehrern möglichen Klagen ankommt. Man würde sonst die Sache weniger schwierig finden, und ungleich richtiger treffen, als die Erfahrung es nicht selten beweiset.

1) Dächte man in vorkommenden Fällen zuerst recht deutlich und bestimmt an die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten selbst, welche dabei theils aus Gesetzen unmittelbar, theils als Folge der Handlung eintreten, so würden sich die Klagen von selbst schon finden, und es würde dadurch mancher Stein des Anstoßes in der Rechtsverfolgung desto leichter entfernt, mancher Fehlgriff in der Ausführung desto eher vermieden, und mancher Zweifel desto sicherer gehoben werden. Die genaue Bestimmung des Rechts selbst, was verfolgt werden soll, und dessen gehörige Prüfung in Ansehung der Subjecte, seines Objects, und seiner Wirkung ist die Hauptsache; der Nahme der Klage ist an sich nur Nebensache. Wenn man über jenes erst mit sich einig ist, kann man sich um diesen bekümmern.

Wer es so nicht anfängt, wird nie in Ansehung der anzustellenden oder bereits angestellten Klage ganz sicher gehen, sondern immer Gefahr laufen, unzulässige oder minder vortheilhafte Anträge zu machen, oder die vorhandenen unrichtig zu beurtheilen.

2) Wenn die Klage sich auf ein Zwangsrecht beziehet, dem die Gesetze die directe Verfolgung vor Gericht nicht versagt haben, und der Klagevortrag in Ansehung dieses Rechts nur consequent und zutreffend ist, so ist es nach der Form unsers gerichtlichen Verfahrens sehr gleichgültig, ob diese Klage einen eignen Nahmen hat, oder nicht, und eben so gleichgültig ist es, ob der Kläger den technischen Nahmen seiner Klage angiebt oder nicht, ob er den rechten, oder einen falschen Nahmen genannt hat, wenn sein Vortrag an sich nur ein bestimmtes, und klagbares Zwangsrecht andeutet. Dieß und nichts anders ist der eigentliche Sinn des angeführten cap. 6. X. *de iudiciis.* Die ältere Römische Proceßordnung, die von genau bestimmten Klageformen ausging, und der die Prätoren nur von Zeit zu Zeit praescriptis in factum verbis nachzuhelfen suchten, ward schon durch neuere Gesetze abgeändert [1]). Am

[1]) L. 1. 2. C. *de formulis et impetrationib. act. sublatis.* Juris formulae aucupatione syllabarum insi-

Am wenigsten kann davon in unsern Gerichten noch die Rede sein [2]). Völlig verkehrt aber handeln diejenigen, welche die gerichtliche Verfolgung der nur im Deutschen Recht gegründeten Befugnisse überall mit Römischen Klagenahmen zu bezeichnen suchen.

3) Mehrere Klagen können am Ende auf einen Zweck führen, aber jede bezieht sich doch auf ein eignes Recht nach besondern Verhältnissen, und sie setzen daher auch immer verschiedene Rechte zum voraus, wenn gleich durch die Erlangung des einen, die übrigen ihre Wirkung ganz oder zum Theil verlieren können. Wird also gefragt, welche Klagen, und wie sie mit einander cumulirt werden können?

insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. — Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, *si aptam rei, et proposito negotio competentem eam esse constiterit.* — Jac. Cuiacius paratitl. ad LL. cit. Jac. Gothofred comment. in Cod. Theodos. tit. *de omissa actionis* impetrat. II. 3.

[2]) Coccеii Iur controv. tit. de edendo Quaest. 3. ibique *Emminghaus* nota c. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 77. und daselbst angef. DD.

ingleichen ob eine Klage die andere aufhebe? so deutet ja dieß alles nur darauf hin, in wie fern mehrere Rechte neben einander bestehen und geltend gemacht werden können, und ob dem Kläger, nachdem er das eine bereits anhängig gemacht, und der Richter darüber entschieden hat, noch andere Rechte gegen den Beklagten übrig bleiben. Kommt es darauf an, zu wissen: wem eine gewisse Klage eigentlich zustehe, worauf sie sich gründe, und gegen Wen sie Statt finde, so frage man sich doch lieber gleich: Wem steht das Recht, von dessen Verfolgung die Rede ist, zu, was setzt es voraus, wie weit geht es ꝛc. Die Streitigkeiten, welche häufig über die Wirkung mancher Klagen und deren Zulässigkeit entstanden sind, lassen sich nicht heben, wenigstens nicht gründlich beurtheilen, wenn man nicht die ganze Untersuchung auf bestimmte Begriffe und Grundsätze von dem Rechte, was verfolgt werden soll, zurückführt.

An sich und in der Sache selbst bleibt es daher in der Rechtsverfolgung immer eine wesentliche und unerlaßliche Nothwendigkeit, die Klage, womit der Rechtsstreit sich anhebt, gehörig zu bestimmen, d. i. die besondere Art des Rechts, welche verfolgt wird, nach ihren Gründen und Wirkungen genau festzusetzen, um in der Folge zu wissen, was man eigent-

eigentlich fordern kann, was zur Ausführung des Rechts gehört, welche Einreden entgegenstehen, und aus welcher Rechtsmaterie man überhaupt die Principien zur rechtlichen Entscheidung der Sache abzuleiten habe.

4) Nicht nur der Kläger muß dieß gehörig vorher prüfen, und während des Streits beständig vor Augen haben, sondern auch der Beklagte hat darauf sein Augenmerk sorgfältig zu richten, um seine Vertheidigung zweckmäßig führen zu können, nicht weniger aber auch der Richter, da er sonst weder überhaupt im Stande ist, die gegenseitigen Ansprüche rechtlich zu beurtheilen, noch besonders die Beweise, worauf es ankommt, was jeder Theil auszuführen habe, und was ihm zu Gute komme, gehörig zu bestimmen.

5) Natürlich ist **eine** Klage in Beziehung auf eine und dieselbe Rechtsangelegenheit vortheilhafter, als die andere, weil das Recht, welches durch sie verfolgt werden soll, leichter auszuführen ist, und dem Berechtigten größern, oder bleibendern Nutzen gewährt, als ein anderes. Die beste und zuträglichste Klage bestimmt sich, wenn unter mehrern eine Auswahl zu treffen ist, 1) nach dem leichtern Beweise, den sie in der Ausführung erfordert, 2) nach den weniger erheblichen, oder eher zu ent-

fernenden Einreden des Beklagten, 3) nach dem bessern Erfolg, den sie dem obsiegenden Theile zusichert. Wer als Reisender seine Sachen im Gasthofe eingebüßt hat, wird, so lange nicht besondere Umstände ihm andere Maaßregeln anrathen, immer besser handeln, wenn er die Rechte verfolgt, die ihm das Gesetz gegen den Wirth, als solchen, bloß vermöge der geschehenen Aufnahme der Sachen beilegt, als wenn er entweder den eigentlichen Urheber seiner Beschädigung in Anspruch zu nehmen, oder den Wirth wegen einer bestimmten Verwahrlosung des ihm Anvertrauten verantwortlich zu machen sucht, da dieses mit manchen Schwierigkeiten in Ansehung der Beweise, die dem Kläger obliegen, und der Ausflüchte, gegen die er zu kämpfen hat, verknüpft sein kann, anstatt, daß die Rechte, die ihm das Gesetz geradezu gegen den Wirth ex recepto zugestehet, weit leichter geltend zu machen sind — [3]).

6)

[3]) L. 3. §. 1. *Nautae, caupones*, ait Praetor, nisi restituent, in eos iudicium dabo. Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed, an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa potuerit; siquidem merces intervenerit, ex locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit, etiam de rebus, quae

6) Es giebt Rechte, zu denen man immer zuletzt greifen muß, wenn man die Ausführung anderer entweder schon versucht hat, oder sie doch nach sorgfältiger Prüfung nicht zulässig findet. So lange noch der Besitz, mit Beiseitesetzung des Rechts selbst, verfolgt werden kann, handelt man sehr zweckwidrig, wenn man auf das letztere schon seinen Antrag richtet[4]).

Wenn

quae desunt, agere potest; si vero res perferendas conduxit nauta, ex locato convenietur; sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius, depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles? nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto *culpa*, in deposito *dolus* duntaxat praestatur, *at hoc edicto omni modo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigit.* Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perieirt, non ess iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

4) L. 24. D. *de rei vindicatione.* Is, qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo

Wenn es darauf ankommt, einen Dritten aus Verträgen Anderer zu belangen, so wird man vor allen Dingen darauf zu sehen haben, ob nicht eine vorhergegangene Einwilligung desselben ihn an den Vertrag bindet, und ob er nicht an sich schon überhaupt aus der Handlung des eigentlichen Contrahenten verpflichtet ist; daher actio quod iussu, institoria, exercitoria etc. Fehlt es hieran, so kann freilich nur der Nutzen, den man in seinen Angelegenheiten wirklich befördert hat, ein Recht gegen ihn begründen — actio de in rem verso —. Aber eben dieß wird in Betracht der Schwierigkeiten des Beweises immer nur das letzte Mittel sein, welches

quo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. — Justinian selbst schärft bei einer andern Gelegenheit den kürzern Weg, zu dem Seinigen zu gelangen, noch etwas nachdrücklicher ein, §. 5. I. *Quod cum eo, qui in al. potest etc.* — Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere seruum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solui possit.

welches man erst in Ermangelung anderer Rechte zu ergreifen hat.

Man kann zu jener zweckmäßigen Auswahl der vortheilhaftesten Klage nur dadurch gelangen, daß man das ganze Rechtsverhältniß einer Partei in der vorkommenden Angelegenheit, mithin alle einzelnen Rechte, die dem künftigen Kläger nur immer zu Gute kommen können, sorgfältig überlegt, und mit einander vergleicht, die gesetzlichen Grundsätze und Vorschriften, die dabei in Betrachtung kommen, sich wieder in Erinnerung bringt, und so gehörig vorbereitet, die Mittel und Wege, die am besten und kürzesten den Zweck erreichen lassen, zu erforschen sucht. Es müßte um unsere Rechtspflege, und um die gerichtliche Verhandlung der Streitsachen schon äußerst gut stehen, wenn Bemerkungen dieser Art ganz überflüssig wären. Die Erfahrung läßt mich diesen Vorwurf nicht fürchten, da von Zeit zu Zeit eine Menge sogenannter Klagen zum Vorschein kommt, denen man es sehr bald ansieht, daß die Verfasser derselben sich nicht die Mühe genommen haben, nur irgend ein Lehrbuch des Civilrechts vorher über die Rechtsmaterien, worauf es ankommt, zu Rathe zu ziehen, und daß sie noch weniger darauf bedacht gewesen sind, den vorkommenden Rechtsfall und alle Verhältnisse,

welche

welche dabei eintreten, gehörig zu übersehen. Daß neuerer Zeit des überflüssigen Allegirens überall weniger zu werden anfängt, ist allerdings zu billigen. Aber ich schätze doch immer die praktischen Rechtsgelehrten sehr hoch, die es sich zum Gesetz gemacht haben, ihren Aufsätzen erst eine zweckmäßige Nachlese der Theorie des Rechts, und überhaupt dessen, was zur richtigen Beurtheilung der Sachen, worauf es ankommt, dienen kann, vorangehen zu lassen. Ausarbeitungen, die sich hierauf stützen, zeichnen sich allemal vor andern, wozu man unvorbereitet geschritten ist, sehr vortheilhaft aus, und müssen auch natürlich ihren Zweck eher erreichen. Es wäre sehr übel, wenn mit dem Zunehmen eines gewissen Geschmacks in der Rechtswissenschaft und deren Ausübung zugleich eine Abnahme der Gründlichkeit verbunden sein sollte.

II.

I. Der Gerichtsstand der belegenen Sache, als das allein zuständige forum dinglicher und possessorischer Klagen.

II. Der Gerichtsstand einer geführten Verwaltung ist ausschließend sowol zum Besten des Klägers, als auch des Beklagten angeordnet.

Natürlich muß eine Klage bei dem Richter angebracht werden, der über den Beklagten, in dem Rechtsverhältnisse, in welchem er jetzt belangt werden soll, zu richten hat. Dieß bestimmt überhaupt die Competenz des Richters. Da nun häufig in einem und demselben Individuum sich mehrere Rechtsverhältnisse vereinigen, — unus homo plures sustinet personas — so kann Jemand sehr leicht nach verschiedenen rechtlichen Beziehungen auch mehr als einen Gerichtsstand haben. Die Regel: actor sequitur forum rei, weiset den Kläger überhaupt auf den Gerichtsstand des Beklagten, aber die nähere Bestimmung dieses Gerichts=

richtsstandes in vorkommenden Fällen hängt von den rechtlichen Verhältnissen ab, in welchen er in Anspruch genommen wird. Jedes der Staatsgewalt untergeordnete Individuum hat auch im Staate a) einen allgemeinen Gerichtsstand bei dem Richter, dem es überhaupt als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten unterworfen ist. Dahin gehören der Regel nach alle Rechtssachen, in welchen Jemand zu irgend einer Verantwortung gezogen werden kann. Dieses forum generale kann theils durch gemeinrechtliche Vorschriften, theils durch Privilegien für gewisse Personen, und Classen der Staatsbürger, begründet sein. Man nennt gemeiniglich nur die Gerichte des Wohnarts — forum domicilii — um diesen allgemeinen Gerichtsstand zu bezeichnen, z. B. wenn es heißt, daß Realklagen auch in foro domicilii angestellt werden können, daß die Erbfolge eines Menschen nach den Rechten geschehe, die in seinem Wohnorte gelten rc. Da aber eines Theils auch die Geburt einer Person ihr allgemeines forum bestimmt, und anderntheils der privilegirte Gerichtsstand oft von dem Wohnorte ganz verschieden ist, so wird es richtiger sein, die Sache durch den Ausdruck: **Persönlicher allgemeiner Gerichtsstand** zu bezeichnen. Außerdem giebt es nun noch b) für manches besondere Rechts-

ver-

verhältniß einen eigenen Gerichtsstand, den Jemand in gewissen Angelegenheiten anerkennen muß — forum speciale. — Dieß haben die Gesetze theils dem allgemeinen Gerichtsstande **beigeordnet**, so daß dem Kläger die Wahl frei bleibt, sein Recht gegen den Beklagten in dem einen, oder dem andern zu verfolgen, theils aber ist es als Ausnahme von der Regel für gewisse Arten der Rechtsangelegenheiten ausschließend bestimmt worden. Unleugbar giebt das forum contractus ein Beispiel der erstern, und das forum delicti commissi nach den Vorschriften des Römischen Rechts ein Beispiel der letztern Art.

Zu den besondern Gerichtsständen gehört nun auch derjenige, den der Beklagte bloß darum bekommt, weil gewisse Sachen, die in Anspruch genommen werden, sich unter einem gewissen Richter befinden. Die Gesetze bestimmen dieses forum 1) für alle dingliche Klagen [1]), denen auch wegen Gleichheit des Grundes die sogenannten actiones in rem scriptae beigefügt werden [2]), 2) für die pos-

[1]) L. 38. D. *de iudiciis.* L. 3. C. *ubi in rem actio etc.*

[2]) Glück Erläuterung der Pandekten tit. de iudiciis §. 519.

possessorischen Rechtsmittel[3]). Fragt man nun, ob alle diese Klagen ausschließend vor diesen Gerichtsstand gehören, oder ob sie auch in dem persönlichen allgemeinen forum des Beklagten angebracht werden können, wenn gleich der Gegenstand des Rechtsstreits in einer andern Gerichtsbarkeit belegen sein sollte, so ist dieß seit dem Zeitalter der Glossatoren schon immer streitig gewesen. Die verschiedenen Meinungen, welche nach und nach hierüber zum Vorschein gekommen sind, hier vollständig aufzuzählen, und einzeln durchzugehen, würde sehr überflüssig sein, da dieß schon häufig von andern geschehen ist[4]). Was ich über die Sache zu sagen habe, soll von einer kurzen Prüfung derselben nach allgemeinen Rechtsgründen ausgehen, und sich dann auf die Vorschrift der Gesetze selbst einschränken, ohne uns durch irgend eine Autorität der Ausleger, oder durch das Phantom eines theils unerwiesenen, theils ungegründeten Gerichtsgebrauchs irre führen zu lassen.

Hätten die positiven Gesetze nichts über die vorliegende Frage ausdrücklich bestimmt, so müßte doch, deucht

[3]) L. un. C. *ubi de possess. agi oport.* L. un. C. *ubi de heredit. agat.*

[4]) Allenfalls verweise ich auf Glück l. c. §. 515.

deucht mir, die Natur der Sache einen Jeden schon dahin führen, daß dingliche und possessorische Klagen eigentlich nur vor den Richter gehören, in dessen Gerichtszwange das Object dieser Rechtsverfolgung sich befindet. Erstlich, dingliche Rechte, und die dieselben verfolgenden Klagen, haben eigentlich keine Verpflichtung irgend einer Person, sondern zunächst und unmittelbar eine gewisse Sache zu ihrem Gegenstande; diese Sache, und das darauf sich einschränkende Recht ist es, worüber der Richter erkennen soll. Welchem Gerichte anders, als dem, in dessen Bezirke die Sache ist, kann dieses zukommen?

Zweitens, der Beklagte wird mit einer dinglichen Klage nur als **Besitzer** der Sache, von der die Rede ist, in Anspruch genommen. In diesem Verhältnisse befindet er sich aber nur in foro rei sitae. Hier besitzt er, hier bestimmt das factum des Besitzes, also das Rechtsverhältniß, welches ihn zum Beklagten macht, natürlich auch den Gerichtsstand, den er in der Sache anerkennen muß. Kein anderer Richter hat über diesen Besitz und dessen Folgen zu richten, als der, in dessen Gerichtsbezirke der Besitz Statt findet.

Drittens, der Beklagte soll zwar persönlich verurtheilt werden, die Sache herauszugeben, aber das ist bekanntlich erst nur eine Folge des ding-

lichen Rechts, welches principaliter verfolgt wird. Dieses hat an sich mit der Person des Beklagten nichts zu thun, die hier vielmehr ganz bei Seite gesetzt wird.

Viertens, die actiones in rem scriptae nehmen ebenfalls den Beklagten nur als Besitzer in Anspruch, folglich gilt von ihnen auch unstreitig, was von den dinglichen Klagen bemerkt worden ist.

Fünftens, die possessorischen Klagen bringen den Streit über den Besitz einer Sache zur Entscheidung des Richters. Dieser soll bestimmen, wenn der Besitz zukomme, oder wer darin zu schützen sei. Der Richter, dem einmal ein gewisser Bezirk zur Rechtspflege ausschließend angewiesen ist, hat auch allerdings allein nur das Recht über alles zu richten, was in diesem Gerichtsbezirke vorgeht, und sich darauf einschränkt. So ist es offenbar mit dem Besitze der Sachen, die sich innerhalb der Grenzen einer gewissen Gerichtsbarkeit befinden. Am einleuchtensten zeigt sich dieß freilich in Fällen, die den obrigkeitlichen Schutz des gegenwärtigen Besitzes betreffen. Hier gilt es der nachdrücklichen Aufrechthaltung der gemeinen Ruhe und Sicherheit gegen eigenmächtige Störung derselben, wofür der Regel nach jede Obrigkeit iure magistratus nur

in

in ihrer, nicht aber in einer fremden Jurisdiction Vorkehr zu treffen hat. Aber auch da, wo es auf Erlangung, oder Herstellung des bloßen Besitzes angesehen ist, verhält es sich nicht anders. Indem die Sache, von deren Besitz die Rede ist, sich in dem Gerichtsgebiete des Richters A. befindet, so schränkt sich ja der ganze Gegenstand des Streits unstreitig auf die Gerichtsbarkeit dieses Richters ein, da es nur darauf ankommt, was in dieser Gerichtsbarkeit geschehen soll und darf, wer hier die Rechte des einstweiligen Besitzes haben soll oder nicht. Kein anderer Richter kann sich also ein Urtheil darüber anmaßen.

Man würde vielleicht wenig Bedenken gefunden haben, dieses alles als wahr und richtig anzuerkennen, wenn man bei der behaupteten Concurrenz des allgemeinen, und des besondern Gerichtsstandes der belegenen Sache nicht so im Ganzen stehen geblieben wäre, sondern die weitern Folgen vorzüglich in Rücksicht auf unsere Deutsche Gerichtsverfassung etwas genauer erwogen hätte. Wie, wenn Jemand die Eigenthumsklage wegen eines in Berlin belegenen Hauses bei den Gerichten in Hamburg, als dem Wohnorte des Besitzers, anbringen wollte? Geht dieß nicht an, wie ich denn glaube, daß nicht leicht Jemand geneigt sein wird,

es als zulässig zu behaupten[5]), so werden auch die Gründe, warum es nicht angeht, sicher dahin führen, daß dergleichen Ausdehnung des allgemeinen Gerichtsstandes überall auch unter Gerichten eines Landes nicht Statt finde.

Das bisher Gesagte ist im Allgemeinen, sowol in Ansehung der unbeweglichen, als der beweglichen Güter gegründet. An sich kann das dingliche, oder das bloße Besitzungsrecht auch wegen beweglicher Sachen nur bei dem Richter, in dessen Gerichtsbarkeit sie sind, verfolgt werden. Da sie aber eine Veränderung des Orts zulassen, so tritt bei ihnen das Besondere ein, daß von dem Besitzer derselben an einem andern Orte, mithin auch da, wo er seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ihre Herbeischaffung und Darstellung zum Zweck einer gewissen Rechtsverfolgung durch die Klage ad exhibendum verlangt, und nachdem dieß mit Erfolg geschehen ist, das

5) Gundling comment. ad Tit. Digest. §. 30. in Eiusd. exercitat. academ. I. 974. verb.: *ii, quibus terrae feudi vel allodii iure sunt concessae, vel regimen in illis concreditum, simul pollent iurisdictione in ciues suos, eorumque bona, adeoque vix aequo animo ferunt, si iudex externus et certo sensu peregrinus de rebus ac fundis curae suae commissorum sententiam ferat.*

das dingliche oder Besitzungsrecht auch hier geltend gemacht werden kann. Dieß ändert aber, wie ein Jeder sieht, die vorhin bemerkte Regel an sich nicht, macht auch, genau betrachtet, keine Ausnahme davon. Denn durch die gedachte Vorbereitungsklage wird erst so viel bewirkt, daß der persönliche allgemeine Gerichtsstand des Beklagten nun auch zugleich Gerichtsstand der belegenen Sache wird.

Dieses also nach allgemeinen Rechtsprincipien, und nach der Natur der Sache, vorausgesetzt, wollen wir die Vorschriften des Civilrechts selbst einmal hören.

Das Römische Recht enthält hierüber folgende Bestimmungen:

L. 38. D. de iudiciis:

Quod legatur, siquidem per personalem actionem exigatur, ibi *dari* debet, ubi est; nisi dolo malo heredis subductum fuerit, tunc enim ibi dari debet ubi petitur. Praeterea quod pondere, aut numero, aut mensura continetur, ibi *dari* debet ubi petitur, nisi adiectum fuerit, centum modios ex *illo horreo*, aut vini amphoras ex *illo* dolio. — Bisher wird nicht das forum der anzustellenden Klage, sondern, wie die

Worte deutlich ergeben, bloß der Ort bestimmt, wo die **Leistung** oder Lieferung der Sache geschehen soll. Jetzt kommt aber der Jurist, von dem die Stelle herrührt, **Licinius Rufinus**, auf eine nähere Angabe des Orts der **anzustellenden Klage**, und fährt also fort: Si autem per *in rem actionem* legatum petetur, *etiam ibi peti debet* ubi res est. Deutlich geht also aus dieser Gesetzstelle hervor, daß zwar die persönliche Klage ex testamento gegen den Erben in seinem persönlichen Gerichtsstande anzustellen, aber damit noch nicht gesagt sei, daß er auch nothwendig da, wo er verklagt worden, die Sachen liefern müsse, daß vielmehr der Lieferungsort nach den im Text angegebenen Verhältnissen seine Bestimmung erhalte, daß aber **dingliche** Klagen nothwendig in foro rei sitae angebracht werden müssen. Doch wird nun weiter in Ansehung der beweglichen Sachen noch hinzugefügt: Et si mobilis sit res, ad *exhibendum* agi cum herede poterit, ut exhibeat rem, sic enim vindicari a legatario poterit. Der Kläger kann also actione ad exhibendum allerdings verlangen, daß die Sache an den Ort, wo geklagt worden, gebracht werde, nur muß er sich gefallen lassen, daß dieß auf seine Kosten geschehe, wenn der Beklagte sie nicht aus Gefährde auf die

Seite

Seite gebracht hat[6]. Alles dieses enthält also eine völlige Bestätigung dessen, was wir vorhin aus allgemeinen Rechtsgründen schon angeführt haben. Ich gestehe, daß ich nicht einzusehen vermag, wie man, ohne den Worten des Gesetzes Gewalt anzuthun, behaupten könne, daß dem Kläger dennoch bei Realklagen die Wahl freigelassen sei, solche auch in dem persönlichen Gerichtsstande des Beklagten anzubringen. Die Conjecturen der Critiker, daß man Statt der Worte: ibi etiam peti debet, lesen müsse: ibi etiam *solvi* debet, ingleichen, daß das Wort *debet* hier für *potest* zu nehmen sei[7], haben

[6] L. 11. §. 1. D. *ad exhibendum*. L. 10. 11. 12. D. de rei vindicat. vergl. überhaupt, was den Gerichtsstand bei der Vindication beweglicher Sachen anbetrifft, Voet comment. ad Dig. tit. de iudic. §. 77.

[7] *Gerhard* Noodt commentar. ad Dig. tit. de iudic. p. m. 125. weiß sich mit diesem Gesetze ganz kurz zu helfen, um dem Kläger gleichwol die Wahl unter beiden Gerichtsständen zu gestatten: Primum enim, sagt er, retinet me in hac sententia vox *etiam*, quam oportet, suam vim habere, quum non sit frustra posita a Licinio. Deinde verbum *debet* accipio pro *potest*, quomodo usurpatur L. 2. §. 31. D. Ne quid in loco

haben keinen zureichenden Grund für sich. Der ganze Zusammenhang des Gesetzes zeigt, daß alles die-

loco publ. L. 1. pr. D. de hered. instituend. L. 9. D. de auro, argento etc. et alibi. Ita sensus erit, legatum per in rem actionem non modo in loco domicilii, sed etiam ibi ubi est, peti potest. Alio remedio utitur *Hotomannus* observat. lib. 3. cap. 7. — Dieser glaubt, statt peti, lesen zu müssen, solui — —, sed mihi placet minus." Die Deutung des Worts debet, ist hier sichtlich falsch, und gar kein Grund vorhanden, sie anzunehmen. Was aber die Worte: *etiam* ibi peti debet, anbetrifft, so macht sich auch Hugo Donell, welcher jene Wahl des Klägers durchaus verwirft, comment. iur. ciu. XVII. 17. eben diesen Einwurf, beantwortet ihn aber sehr einleuchtend: At enim non simpliciter dicit Licinius legatum per actionem in rem ibi peti debere ubi est, sed addit, *etiam* ibi peti debere. Quid est autem hoc *etiam ibi*, nisi non tantum alibi, sed et ibi quoque peti posse? Vult ergo alibi etiam peti posse; eruntque haec loca, ubi heres domicilium habet, vel ubi est maior pars hereditatis, quomodo et Accursius interpretatur. Et recte hoc diceretur, siquidem particula, etiam, referretur ad verbum *ibi*, ut sic diuersa *loca* includi intelligeremus. Nunc autem referri debet ad verbum *peti*, ut sit

dieses hier sehr willkührlich angenommen werde. Wenn auch an einigen andern Stellen das Wort debet nicht gerade eine befehlende Vorschrift bezeichnet, so ist doch kein Grund vorhanden, darum auch hier dem eigentlichen Wortverstande eine andere Bedeutung unterzuschieben. Ist vielmehr nicht zu leugnen, daß in dem ersten Theile des Gesetzes der Ausdruck, debet, das bezeichne, was **nothwendig** geschehen muß, so erlaubt auch der Zusammenhang nicht, in dem zweiten Theile eine ganz andere Bedeutung anzunehmen.

L. 3.

sit hic contextus, *etiam peti* debet ibi, ubi est. Hoc enim ad ea, quae praecesserunt, aptari debet. Prius dixerat Licinius, si res legata per actionem personalem exigatur, ibi eam *dari* debere, ubi est, *quamuis alibi petatur*. Subiicit per aduersatiuam, diversum esse, si per actionem *in rem* petatur legatum; tum enim *etiam ibi peti debere*, ubi est. Quo non aliud declaratur, quam in actione in rem non ibi solum rem debere *dari*, ubi est, sicut in actione personali faciendum esse supra dixerat, sed etiam ibi *peti* debere, atque hactenus inter personalem actionem de legato, et actionem in rem interesse, quod priore actione ibi res dari debet, vbi est, — — posteriori ibi, vbi est, non solum *dari* sed et *peti* simul debet.

L. 3. C. ubi in rem actio:
Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. *Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutae sunt, iubemus in rem actionem* adversus possidentem moueri. Dieß Gesetz geht zuvörderst von der Regel aus, daß die Klage in foro des Beklagten anzubringen sei. Aber es fügt auch zugleich, und zwar befehlsweise hinzu — sed et — iubemus — daß dieser Gerichtsstand bei dinglichen Klagen durch die Sache selbst an dem Orte, wo diese sich befindet, bestimmt werde. Will man nun auch mit einigen Auslegern in der ersten Stelle des Gesetzes das forum rei von dem ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Beklagten verstehen, so ergiebt sich doch alsdann aus dem ganzen Zusammenhange nichts weiter, als daß der gedachte persönliche Gerichtsstand an sich sowol dingliche als persönliche Klagen ergreife, nur muß bei den erstern das Object derselben nicht unter einer andern Gerichtsbarkeit sich befinden. Noch einleuchtender ist freilich die Sache, wenn man mit Zanger die Anfangsworte des Gesetzes: actor rei forum etc. sequitur, in Beziehung auf den competenten Gerichtsstand des Beklagten überhaupt, und was weiter hinzugefügt wird, als eine nähere Bestimmung dieses competenten Gerichts-

stand

des, in Rücksicht auf die dinglichen Klagen, erklärt[8]). So viel aber ist immer gewiß, daß dieß Gesetz den dinglichen Klagen ganz bestimmt das forum der belegenen Sache vorschreibt, und dabei den Kläger zu keiner Wahl zwischen diesem, und dem persönlichen Gerichtsstande des Beklagten berechtigt[9]).

L. un-

[8]) Zanger de exceptionibus. II. I. 347. verb.: Quod enim imperatores aiunt, *actorem sequi rei forum*, sine in rem, sine in personam actio sit, id non habet hunc intellectum, quasi forum *domicilii* sit forum competens, si actionibus realibus agatur, sed hoc generale dictum restringendum est, ut intelligatur de foro, quod forum est vel esse potest in hac vel illa actione, ut puta in actione personali forum domicilii vel contractus, in actione vero reali forum rei sitae. Nam hoc competens esse rei forum manifestum est.

[9]) Donell l. c. XVII. 17. zeigt sehr einleuchtend, daß das angeführte Gesetz die gemeine Meinung durchaus nicht begünstige, vielmehr solche ganz verwerflich mache, besonders, daß auch in den Worten sed et in locis etc. kein Schutz dafür zu suchen sei: Potest enim particula *et* iungi cum *locis*, ut plura loca includantur, quibus agendi potestas sit. Potest etiam iungi cum verbo *iubemus*, ut isto modo includantur non plura

loca,

L. un. C. *ubi de possessione agi oporteat:* Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus

loca; sed plures constitutiones et plura iussa imperatorum. Utrum ergo in oratione hac ambigua sumi placet? Ex certis praeceptis iuris id quod vitio caret, et quod loco, id est praecedentium aut sequentium sententiae convenit, ut cum hac cohaereat. L. 19. D. de Legib. L. 50. §. ult. D. de legat. 1. At prius neque recipi potest neque loco convenit. Recipi non posse ex aliis locis conuicimus; loco non convenire aperte arguit verbum *iubemus* quod sequitur. Nam si aliis quoque in locis actio in rem moveri potest, quam ubi res constitutae sunt, non *iubetur* actio in his moveri, ubi res sunt. Restat ergo posterius, — — — estque haec sententia: *sed et iubemus in locis etc.* — Die Basiliken haben zwar die Stelle ganz anders: actio tamen in rem *etiam* ubi rest sitae sunt recte potest moveri; worauf die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung viel Gewicht legen. SCHILTER prax. iur. Rom. XIII. 31. verb.: Satis dilucide Graeci declarant vim, quam vox *iubemus* heic obtinet. H. G. BAUER progr. actiones reales perinde in foro domicilii, atque in foro rei sitae institui possunt; in opuscul. academ. eiusd. I. 431. Allein es ist klar, daß dieß der Sinn unsers Gesetzes

sus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare. Dieß Gesetz verweiset die possessorische Klage ebenfalls an das Gericht der belegenen Sache, und schon die Rubrik des Titels kündig hier, so wie bei der vorigen Gesetzstelle, eine die Willkühr des Klägers gänzlich ausschließende Anordnung an. Damit stimmt auch L. 12. §. 1. D. *de reb. auct. iud. possid.* überein: Is qui possidere iubetur, eo loco iussus videtur, cuius cura ad iubentem pertinet. So auch L. un. C. *ubi de hereditate agatur, vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeat:* Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda. Wird bloß auf Erlangung des Besitzes der

setzes nicht ist, sondern daß die Compilatoren der Basiliken sich hier eben der Freiheit bedient haben, die auch Justinians Gesetzcommission sich nicht umsonst ertheilen ließ. Für uns kann dergleichen willkührliche Aenderung nichts entscheiden, da wir nicht die Basiliken, sondern das Justinianeische Recht als Gesetzbuch anerkennen.

der Erbschaft geklagt, so muß nach klarer Vorschrift dieses Gesetzes die Klage da angebracht werden, wo die Erbgüter belegen sind. Der petitorische Streit über das Erbrecht selbst aber wird an den Richter, dem der Beklagte persönlich unterworfen ist, verwiesen. Diese Ausnahme von dem sonst bestimmten Gerichtsstande der dinglichen Klagen, hat vermuthlich den Grund, weil hier nicht von einem einzelnen Rechte in Ansehung einzelner bestimmter Sachen, sondern von der allgemeinen Nachfolge in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, und der Befugniß diesen überhaupt vorzustellen die Rede ist, in welcher Beziehung der Gerichtsstand schicklicher durch die Person dessen, der sich dieses allgemeine Recht anmaßt, als durch die Erbschaftssachen selbst bestimmt wird [10]).

Das

[10]) Donell l. c. p. m. 73. und 76. leitet dieß aus dem Begriffe des Erbrechts selbst her: Hereditas quum sit res incorporalis, intellectu, non corpore aut ullo certo loco consistens, non potest ullius certi loci in quo sit petitionem admittere, quae ipsa nusquam est. Ideo eius *petitio* ad hunc locum non pertinet, in quo de loco ubi res sita est quaeritur. Andere glauben den Grund in der besondern Eigenschaft der Erbrechtsklage, als actio mixta betrachtet, anzutreffen, welches aber bekanntlich eine sehr bestrittene Vorstellungsart ist.

Das Canonische Recht enthält wenigstens keine Abänderung jener Regel des Civilrechts, vielmehr heißt es Cap. 3. X. *de foro competente*: Sane si episcopi, inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum, ille Primas det iudices, in cuius provincia est locus, de quo contenditur.

Nach den bisher angeführten Vorschriften, die so deutlich der ausschließenden Zuständigkeit des Gerichtsstandes der belegenen Sache das Wort reden, ist diese auch um so weniger zu bezweifeln, da selbst bei einem zweideutigen Ausdruck der Gesetze, doch immer die Erklärung den Vorzug behalten müßte, welche, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, mit der Natur der Sache, und allgemeinen Rechtsgrundsätzen genau übereinstimmt.

In Deutschland war es auch sonst immer herrschender Grundsatz, daß an dem Wohnorte des Beklagten, und in dessen allgemeinem Gerichtsstande nur persönliche Klagen wider ihn angestellt werden konnten, dingliche Ansprüche hingegen schlechterdings bei dem Richter, unter welchem die Sache gelegen war, angebracht werden mußten[11]), bis die Miß-

[11]) **Schwäbisches Landrecht Cap. 84 und 193.** „Wo das Eigen liegt, da soll man auch darüber „richten. — Spricht man eines Mannes Eigen

Mißdeutung des Römischen Rechts dagegen aufkam. Diese muß aber billig der Wahrheit weichen, und hat sie in der Anwendung Beifall gefunden, so gehört das zu den Mißbräuchen, die man abschaffen, nicht aber unter dem Vorwande eines verneinten Gerichtsgebrauchs fortsetzen muß.

II)

„an, da soll er nicht um antworten, als an der „Statt, da es liegt." vergl. **Sächsisches Landrecht** III. 25. — Die ältern Rechte erforderten sogar, daß die Eigenthumsklage in re praesenti angebracht werden mußte, woraus die ausschließende Zuständigkeit des Richters der belegenen Sache von selbst folgt. LL. Alemannor. cap. 84. 87. Heineccius elem. iur. German. III. 76. Ausführlicher erläutert diese ältere Rechtsform Gundling Dissert. de rei vindicatione ex iure Romano et patrio, cap. 2. §. 6. in seinen Exercitat. acad. cum praefat. Heineccii I. 875. So weit sind auch die Lehrer des Deutschen Rechts mit einander einverstanden. Allein die von einigen, besonders von Hombergk zu Vach Dissert. de foro rei sitae eiusque amplitudine apud veteres Germanos, et de fundata eiusdem per arrestum iurisdictione generatim; Marburgi 1747. vertheidigte Ausdehnung des gedachten Gerichtsstandes auf persönliche, die Leistung einer bestimmten Sache betreffende Klagen konnte nicht ohne Widerspruch bleiben. *Johann Christoph* Balser prolus. acad. de foro rei sitae apud Germanos. Giessae Cattor. 1752.

II) Neuerer Zeit suchte Gönner[12]) in Ansehung des Gerichtsstandes einer geführten Verwaltung zwei Sätze zu bestreiten, 1) daß dieser Gerichtsstand auf die Bedingungen, welche das forum contractus in seiner Wirksamkeit voraussetzt, einzuschränken sei, mithin der Beklagte selbst sich dort betreten lassen, oder wenigstens ein Object der Execution daselbst besitzen müsse[13]): 2) daß das forum gestae administrationis **ausschließend** zuständig in Ansehung der die Geschäftsführung betreffenden Klagen sei[14]). In Ansehung des erstern Satzes bin ich von seiner entgegenstehenden Meinung völlig, in Ansehung des zweiten aber desto weniger überzeugt. Es wird am besten sein, die Gesetze hierüber erst selbst reden zu lassen. L. 19. §. 1. D. *de iudiciis:* Si quis tutelam vel curam, vel negotia, vel argentariam vel

12) Handbuch des Deutschen gemeinen Processes I. 15.

13) Dieß behaupten **Pütter** in Rechtsfällen III. 305. **Claproth** Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 37. mit Brunnemann ad L. 19. D. de iudiciis, und andern ältern Rechtsgelehrten, wogegen aber Berger de foro rerum singulari §. 29. etc. in Eiusd. Dissertationib. iur. select. pag. 845. nachzusehen ist.

14) Berger l. c. und andere von Glück Erläuterung der Pandekten tit. de iudiciis §. 521. und von Gönner selbst schon angeführte DD.

quidquid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, etsi ibi domicilium non habuit ibi se debebit defendere, et si non defendat, neque ibi domicilium habuit, bona possideri patietur. Durch den letzten Zusatz wird dieß forum in dem Falle, wenn der abwesende Beklagte auch keine Sachen daselbst besitzen sollte, noch keineswegs ausgeschlossen. Die Güter, wenn er deren hier besitzt, können freilich angegriffen werden, aber damit ist noch nicht gesagt, daß in Ermangelung derselben die Klage hier gar nicht zulässig sei. L. 36. §. 1. D. ibid.: Senator, si negotiis alienis se obtulerit in provincia, non debet iudicium recusare negotiorum gestorum, sed actionem eum excipere oportere, Iulianus respondit, cum sua sponte hanc obligationem contraxerit. — L. 54. §. 1. D. *de Procuratoribus.* Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent. L. 1. C. *Ubi de ratiociniis tam publicis, quam privatis agi oportet.* Eum, qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere. — L. 2. C. ibid.: Nemo post depositum cingulum suae privatae vitae redditus, ob negotium, quod militiae causa est ei extortum, praestandi ratiocinii gratia

gratia eius numeri in quo militavit, vel quem ipse gessit, a quocunque pulsatus, fori praescriptionibus utatur. Unumquemque enim super huiusmodi causis publicis, quas dum militaret exercuit, vel super ratiociniis militaribus, per quae suos contubernales adflixisse asseritur, in militari oportet iudicio respondere, *in quo et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta praestari.* In allen diesen Gesetzen findet **Gönner** nur eine Verfügung **zum Besten des Klägers**, mithin nur die Schuldigkeit des Beklagten, sich in dem Gerichtsstande der geführten Verwaltung einlassen zu müssen, vorgeschrieben, nicht aber auch dem Kläger die Nothwendigkeit auferlegt, die Klage durchaus in diesem Gerichte anzubringen, ohne daß es ihm freistehe, sich auch an den ordentlichen allgemeinen Richter des Beklagten zu wenden. Schon früher ist eben dieß von andern Rechtsgelehrten, und besonders auch von **Struben**[15]) vertheidigt worden. Ganz buchstäblich genommen, würden sogar die angeführten Gesetze überhaupt nur **gegen den Geschäftsführer**, nicht aber **für ihn** angewandt werden können, da die einzelnen Fälle, welche hier vor-

[15]) Rechtl. Bedenken III. 96.

vorkommen, sämtlich von ihm als Beklagten lauten. Wie also, wenn er nun seiner Seits als Kläger actione contraria auftreten will? darf er hier die Vortheile des Gerichtsstandes der geführten Verwaltung sich zueignen? Bestimmt hat Gönner sich hierüber nicht erklärt; er redet vom Kläger überhaupt, und gestattet ihm die Wahl unter beiden Gerichten. Ganz consequent dürfte dieß aber nicht sein, wenn man einmal glaubt bei dem wörtlichen Ausdruck der Gesetze bleiben zu müssen.

Nur dann ist die Anwendung des Civilrechts auf die genaue Uebereinkunft mit den einzelnen Fällen, so wie sie in den Fragmenten der Rechtsgelehrten, und den Entscheidungen der Imperatoren vorkommen, einzuschränken, wenn gerade die besondern Eigenheiten dieser Fälle allein den zureichenden Grund der gesetzlichen Bestimmung darbieten. Außerdem wird man vielmehr auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, worauf der Ausspruch des Juristen, oder die Entscheidung des Princeps beruhet, Rücksicht zu nehmen haben[16]. Dies vorausgesetzt, ist damit, daß die angeführten Gesetze ausdrücklich nur solcher Fälle erwähnen, worin der Verwalter frem=

[16]) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. Altona 1799.

fremder Angelegenheiten belangt wird, und daß sie ihn als Beklagten anweisen, in dem Gerichtsstande der geführten Verwaltung zu antworten, noch nicht erwiesen, daß dem Kläger die Wahl übrig gelassen sei, die Sache auch an den sonst zuständigen Richter des Beklagten zu bringen. Um diesen Punkt, welchen die Gesetze ausdrücklich nicht näher bestimmt haben, gehörig zu berichtigen, muß man vielmehr auf die Gründe zurückgehen, worauf die Anordnung jenes Gerichtsstandes beruht, und die es also ergeben müssen, ob diese Anordnung nur eine der Parteien oder **beide** verpflichtet. Hätte die Sache nun keinen andern Grund, als den in L. 36. §. 1. D. de iudiciis angeführten, so würde man freilich das erstere annehmen müssen. **Callistratus** erklärt hier, daß der Geschäftsführer den besondern Gerichtsstand nicht ablehnen dürfe: *cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.* Wäre dieß, wie gesagt, der einzige Grund, so würde es allerdings von der freien Wahl des Klägers abhängen, diese Verbindlichkeit des Beklagten geltend zu machen, oder die Sache an den ordentlichen Richter des letztern zu bringen, weil der allgemeine Gerichtsstand durch den angeführten Grund des besondern noch nicht für ausgeschlossen anzusehen sein würde. Allein die nähere Erwägung der Sache führt noch auf eine weit umfassen-

fassendere Ursache der Anordnung, und setzt solche mit dem Zweck aller Rechtspflege, folglich mit dem gemeinen Besten, genau in Verbindung. Der Richter, welcher selbst den Verwalter fremder Angelegenheiten bestellt hat, unter dessen Leitung, oder in dessen Gerichtsbezirke wenigstens, die Geschäfte betrieben sind, dieser Richter ist doch sicher am besten im Stande, die Streitigkeiten, welche in Ansehung der geführten Verwaltung entstehen, zu untersuchen, und zu entscheiden. Daß bei ihm die Acten, Urkunden, und Zeugen, welche zur Aufklärung der Sache, und zur Führung der nöthigen Beweise dienen, meistens eher zur Hand sind, als bei jedem andern Gerichte[17]), daß er daher auch leichter, als jeder andere, den Streit über Dinge, die in seinem Gerichtszwange, oft unter seinen Augen gleichsam vorgegangen sind, zu einem Erkenntnisse vollständig zu instruiren vermag, alles dieses muß nothwendig nicht allein zur Ab-

[17]) Die Römischen Staatsbeamten waren besonders auch lege Iulia angewiesen, die Rechnungen ihrer Amtsführung in der Provinz, die ihnen anvertrauet worden war, zurückzulassen. Cicero erwähnt dieser Verordnung beiläufig in seinen Briefen: „quum lege Iulia relinquere rationes in „provincia necesse erat, easdemque totidem „verbis referre ad aërarium.“ Epistol. ad Rufum V. 20.

Abkürzung der Processe beitragen, sondern auch selbst die richtige Entscheidung des Streits nicht wenig erleichtern. Hier haben wir also einen Grund der gedachten Anordnung, welcher ganz umfassend, und zugleich für beide Theile gleich durchgreifend ist Ihn hat aber auch ein anderes Gesetz ausdrücklich mit angeführt, wie die Worte L. 2. C. *ubi de ratiociniis* deutlich ergeben: in quo — iudicio — et instructio sufficiens, et verissima possunt documenta praestari —. Daß dieß nur ein bloßer Anrathungsgrund für den Kläger sein sollte, um seine Wahl in Ansehung der Gerichte zu leiten, wie **Gönner** die Sache vorzustellen sucht, läßt sich nicht füglich annehmen. Vielmehr geht 1) aus dem erwähnten Grunde, und der darauf gestützten Vorschrift, eine gemeinnützige, nicht bloß das Intresse und den Vortheil **einer**, sondern offenbar das Recht beider Partheien betreffende Anordnung hervor. 2) Wollte man mit **Gönner** hier bloß eine Begünstigung des Klägers behaupten, und diesem die Wahl eines andern sonst zuständigen Gerichtsstandes überlassen, so würde dies zuförderst eine große Unvollständigkeit in die Gesetzgebung bringen, wenn sie auf der einen Seite die Gemeinnützigkeit des besondern Gerichtsstandes der geführten Verwaltung, und eben daher auch dessen Nothwendigkeit

anerkannte, und doch auf der andern Seite dem Kläger freiließ, diese Anstalt nach seinem Belieben aus der Acht zu lassen, und die Sache an einen andern Richter zu bringen, bei dem die Untersuchung schwieriger und eben daher die Entscheidung mißlicher sein würde. 3) Besonders aber den Kläger mehr als den Beklagten begünstigen, ist schon überhaupt den Maximen der Gesetze, und den Foderungen einer guten Justizpflege sehr entgegen. Non debet actori licere, quod reo non permittitur[18]). Dem Beklagten kann es sehr wichtig, und ihm also äußerst daran gelegen sein, daß die Sache an dem Orte der geführten Verwaltung auch untersucht werde, weil er hier die Mittel seiner Vertheidigung desto leichter zu seinem Gebrauche hat; der Kläger kann vielleicht entgegenstehende Gründe haben, gerade deshalb die Sache an einen andern Richter bringen zu wollen. Doppelt ungerecht würde es also sein, dem Beklagten seine Vertheidigung zu erschweren, oder gar zu vereiteln. Dieß kann die Absicht einer vernünftigen und guten Gesetzgebung nicht sein; jede Deutung ihrer Vorschriften also, die auf dergleichen Ungerech-

18) L. 41. D. de diuers. reg. iur. ant. vielmehr dürfte eher das Gegentheil zum Besten des Beklagten anzunehmen sein, L. 125. D. de reg. iur.

rechtigkeiten führen würde, ist eben darum auch an sich schon verwerflich [19]. 4) Hätten die Gesetze den Geschäftsführer in Ansehung des besondern Gerichtsstandes bloß verpflichten, nicht aber auch berechtigen wollen, so würde dadurch seine Amts- und Geschäftsführung ihm selbst über die Gebühr zum offenbaren Nachtheil gereichen, mithin der bekannte Grundsatz: officium suum nemini debet esse damnosum, gegen Recht und Billigkeit verkannt werden. 5) Die Meinung, welche Gönner zu vertheidigen sucht, hat auch noch einen analogischen Grund aus der Anordnung des besondern Gerichtsstandes, welchen der Zusammenhang der Sachen begründet — forum connexitatis causarum — wider sich. Die Gesetze halten auf die genaue Beobachtung dieses Gerichtsstandes so strenge, daß sie sogar dem eine Strafe androhen, der es unternimmt, die Rechtspflege connexer Sachen zu trennen [20]. Der Grund ist am Ende eben derselbe, welcher auch den Gerichtsstand der geführten Verwaltung rechtfertigt, eben die Fürsorge für die Beförderung und Erleichterung einer zweckmäßigen Rechtspflege. Es kann daher auch hier dem Kläger eben so wenig frei-

[19]) Hofacker princip. iur. Rom. German. §. 12.

[20]) L. 10. C. *de iudiciis.*

freistehen, mit Vorbeigehung des Richters, der den Streit am ehesten vielleicht, auch wol gar am richtigsten schlichten kann, die Sache an einen andern zu bringen, der weniger dazu in Stand gesetzt ist, und wo die Entscheidung der Sache leicht große Schwierigkeiten finden kann [21]).

Gesetzt, daß zur Untersuchung der Amtsführung irgend eines Staatsbeamten eine Commission angeordnet wird, und Streitigkeiten in Ansehung des Orts entstehen, wo diese eigentlich gehalten werden soll, so wird auf dem Grunde des Gerichtsstandes geführter Verwaltung allerdings auch der Ort den Vorzug verdienen, wo die Verhältnisse zum Zweck einer gehörigen und vollständigen Instruction der Sache am besten zusammentreffen [22]). Dieser Punkt kam vor einigen Jahren in der Untersuchungssache gegen den Freiherrn Friedrich Carl **von Moser,** als

[21]) Berger behauptet zwar in der angeführten Dissertation *de foro rerum singulari* §. 37. gegen Cujacius Paratitl. Cod. tit. *ubi de ratiocin.*, daß das bloße Editionsgesuch der geführten Rechnung nicht an das forum gestae administrationis gebunden sei. Mit dieser Behauptung ist aber doch L. 4. §. 5. D. *de edendo* zu vergleichen.

[22]) Hierbei verdient Mevius Decis. II. 173. 3. 4. nachgelesen zu werden.

als landgräfl. Hessischen Minister, zur Frage. Die Regierung zu Darmstadt hatte den Mitgliedern der Juristen-Facultät zu Giesen die ganze Untersuchung übertragen. Moser drang aber darauf, daß diese Commission in der Residenz des Landgrafen, also zu Darmstadt selbst, gehalten werden müßte, weil hier die Archivalischen und andern Beweisthümer zu seiner Rechtfertigung desto eher und leichter zur Hand wären. Der fiskalische Ankläger suchte das Gegentheil, mithin daß die Commission mit Recht zu Giesen abgehalten werde, durchzusetzen. Dieser Präliminarstreit kam zu einer weitläuftigen Verhandlung, ward aber, auf erfolgte Actenversendung, von der Juristen-Facultät zu **Kiel** durchaus für den Freiherrn von Moser entschieden. Ich darf hoffen, daß es den Lesern angenehm sein wird, das Urtheil der gedachten Facultat, so weit es die Rechtsfrage, von der hier die Rede ist, betrifft, mit den dazu gehörigen Entscheidungsgründen, in einem Anhange hiebei abgedruckt zu finden.

Urtheil.

Auf eingebrachte fiskalische Klage und dawider eingewandte verzögerliche Einreden, auch dieserhalb weiter gewechselte Schriften, in Sachen des Fürstlich-

Fürstlich-Hessen-Darmstädtischen Regierungsraths Hoppel, als fiskalischen Klägers, entgegen den ehemaligen Fürstlich-Hessen-Darmstädtischen Präsidenten, Freiherrn Friedrich Carl von Moser, fiskalisch Beklagten, betreffend des letztern Staatsverwaltung in der Hauptsache, jetzt die eingewandten verzögerlichen Einreden:

Erkennet und spricht die zu dieser Sache besonders höchstverordnete Commission nach diesfalls vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, hiedurch zu Recht:

Daß der Herr Beklagte — — — — — zu begehren wol befugt, daß die Commission in Darmstadt, als dem Ort, wo die verlangte Rechenschaft am besten abgelegt werden kann, eröffnet und vollendet, auch daß ihm von Commissionswegen die Versicherung ertheilt werde, daß sowol die an ihn ergangene und von ihm zurückgegebene Fürstliche Handschreiben, als auch die Originale seiner eigenen an Serenissimum erlassenen unterthänigsten Schreiben und Berichte von des Hernn Landgrafen Hochfürstl. Durchl. nach Höchst-Derselben desfalls gegebenem Fürstlichen Ehrenwort sämmtlich und ohne Rückhalt an selbige ausgeantwortet, und solche Papire sich demnach

nach in den Händen der Commission zu seinem davon zu machenden Gebrauch wirklich befänden. — — —

Kiel den 26sten Sept. 1789. V. R. W.

Entscheidungsgründe.

— — — — —

II) Was die zweite Bedingung des Herrn Beklagten betrift, daß nemlich die Commission nach Darmstadt verlegt werden möge, so bezieht er sich bei wiederholtem Vortrag derselben in

No. 60. d. Act.

auf die vorher angeführten Gründe als selbstsprechende und unwiderlegliche. Es ist also dieserwegen auf dasjenige zurückzugehen, was er deshalb

No. 23. d. Act.

vorgebracht hat. Daselbst aber sagt er:

Da die aufgestellte Untersuchungs-Commission mein ganzes vom Jahr 1753. an sich datirendes Dienstleben umfassen und lange in den schwersten und wichtigsten Angelegenheiten des Fürstlichen Hauses erworbene Verdienste mit zusammengeraften Beschuldigungen in gerechte Wage legen muß, da die fiskalischen Angaben sich nur durch Darlegung der Fürstlichen Handbriefe und meiner Berichte, durch Darlegung

legung der Cabinets- und Geheimenraths-Protokolle, der einschlagenden Acten und Rechnungen, durch Abhör- und Confrontirung mit Zeugen aus allen Collegien, ja durch Aussagen und Zeugnisse des Regierungs-Nachfolgers und anderer fürstlichen Personen beleuchten und respective widerlegen lassen, so ermessen Ew. rc. vermuthlich von selbsten, daß diese Untersuchung nirgend anders, als in Darmstadt, dem Sitz der Collegien und aller hier einschlagenden Personen und Papiere Platz greifen und mir keineswegs zugemuthet werden könne, mich an einen Ort zu stellen, wo alle diese Mittel, die Wahrheit zu erforschen, und meine Ehre und Unschuld zu vertheidigen, gänzlich ermangeln, und bei Ew. rc. gerechtesten Gesinnungen theils gar nicht, theils nur mit einer zweckwidrigen Langsamkeit und kostspieligen Weitläuftigkeit beigeschaft werden könnten.

Wir haben es für nöthig gehalten, die Stelle ganz hier einzurücken, um in Ansehung dessen, was wir von dem eigentlichen Sinn derselben und zur Beurtheilung des darin vorgetragenen Arguments zu sagen haben, desto verständlicher zu sein.

Was den wahren Sinn betrifft, so glauben wir nicht zu irren, wenn wir behaupten, der Herr Beklagte habe zur Unterstützung seines Verlangens wegen Verlegung der Commission nach Darmstadt nur bloß aus der Natur der Sache selbst den einfachen Grund angeführt,

„daß, weil die Personen und Documente,
„deren er zu seiner Rechtfertigung nicht bloß
„gegen die fiskalischen Beschuldigungen, son-
„dern auch zum Beweise seiner seit Anfang
„seiner Dienstzeit erworbenen Verdienste, be-
„nöthigt sei, sämtlich zu Darmstadt befind-
„lich wären, und theils gar nicht, theils nur
„mit Kost- und Zeitverlust an einen andern
„Ort hingebracht werden könnten, so könne
„er rechtlich verlangen, daß die Commission
„auch in Darmstadt gehalten werde."

Vorläufig ist also zu bemerken, daß hier keineswegs daraus,

daß die Untersuchung sein ganzes Dienstleben umfassen sollte,

eine eigene Bedingung gemacht worden ist, wie diese Stelle von

Reuß über die Rechtssache des Freiherrn von Moser rc. S. 46.

hat erklärt werden wollen. Die Stelle in ihrem

Zusammenhange ergiebt vielmehr, daß Herr Beklagter keineswegs einen gewissen Zeitpunkt festgesetzt hat, von welchem die Beschuldigungen und Untersuchungen gegen ihn anfangen sollten, sondern daß er nur geäußert hat, daß er selbst zu seinem Besten auch in die frühern Jahre seiner Dienstzeit zurückzugehen Willens sei, um der Commission Verdienste darzulegen, welche gegen etwanige Fehltritte in eine gerechte Wage gelegt werden müßten.

Nächstdem hat der Herr Beklagte sich nicht eigentlich auf die Verordnungen des Römischen Rechts, sondern nur auf die Natur der Sache selbst bezogen. Denn wenn er gleich in

No. 60. d. Act.

Darmstadt den locum gestae administrationis nennt, so hat er doch damit nur in kurzem das anzeigen wollen, was er an der vorangegangenen Stelle weitläuftiger ausgeführt hatte.

Wenn es nun aber auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Forderung des Herrn Beklagten ankommt, so wird sich leicht zeigen lassen, daß dieselbe sowol die Analogie des Römischen Rechts, als auch, ohne Rücksicht auf dieses, die natürliche Billigkeit für sich habe.

Die Analogie des Römischen Rechts fließt aus dem, was dieses vom foro gestae administrationis

nis vorschreibt. Das Römische Recht verordnet aber nicht nur, daß ein Administrator in diesem foro belangt werden kann,

L. 19 §. 1. D. de iudiciis,

sondern auch, daß er daselbst belangt werden solle und müsse:

L. 36. §. 1. L. 45. pr. D. eod.

L. 4. §. 5. D. de edendo.

L. 54. §. 1. D. de procurat.

L. 1. et 2. C. ubi de ratiocin.

Nun sind zwar viele angesehene Rechtsgelehrte der Meinung, daß letzteres nicht zu behaupten sei, sondern daß nur dem Kläger das Recht zustehe, wenn er wolle, den administratorem in loco gestae administrationis zu belangen,

Struben rechtl. Bed. 3ter Th. 96stes Bed. und die daselbst S. 336. in der Note b genannten Schriftsteller,

auf welche sich auch der Herr Fiscal beruft. Allein dieser Behauptung widerstreiten nicht nur die angeführten Gesetze theils ausdrücklich, theils nach anderweitigen rechtlichen Analogien. Denn wenn es in

c. L. 2. C. ubi de ratiocin.

heißt:

in quo (iudicio) et instructio sufficiens, et nota testimonia et verissima possunt documenta praestari,

so muß man ganz natürlich hieraus die Folge ziehen, wenn der Kläger aus diesem Grunde des erleichterten Beweises seiner Klage den Beklagten an dem Ort der geführten Administration zu belangen berechtigt ist, so muß noch vielmehr der Beklagte, wenn ihm zum Beweise seiner Unschuld und zu seiner Rechtfertigung daran gelegen ist, sich dieses Rechts bedienen und verlangen können, daß ihm dieser sein Beweis nicht durch die Veränderung des Orts der angestellten Klage erschwert werde,

quum favorabiliores rei potius, quam actores habeantur. L. 125. D. de R. I. nec debeat actori licere, quod reo non permittitur. L. 41. D. eod.

Daher denn auch dieser Meinung sehr viele Rechtsgelehrte und angesehene Gerichtsstühle beitreten, deren gleichfalls

Struben a. a. Orte S. 335. not. a.

viele genannt hat, denen man noch beifügen kann:

Mevius P. 2. Dec. 123. P. 5. Dec. 298. P. 8. Dec. 268. de Wernher select. observ. forens. Tom. II. P. 10. obs. 468. Berger in decis. 276. idem in Resp. P. 2. Resp. 258. Engelbrecht observ. select. forens. Observ. 95. — Hellfeld iurispr. forens. §. 521. — de Canngiesser decis. supr. tribun.

tribun. Hasso-Casselan. T. 1. Dec. 146. Dider. Schumacher de foro administr. et quatenus administrator forum ordin. declinare queat. Marb. 1768.

Es erhellet auch zugleich hieraus, daß diese Grundsätze allerdings auch in Deutschland ihre Anwendung finden, wie denn namentlich

Mevius P. 7. Dec. 392. No. 6.

gerade bei dieser Materie und da er behauptet, daß der Administrator auch alsdann, wenn er sich außerhalb dem territorio befinde, in welchem er die Administration geführt hat, dennoch an dem Ort der geführten Administration belangt werden könne, sagt:

postquam ius Iustinianeum ex antiqua consuetudine ius commune Imperii in Germania redditum est, id quoque inter status Imperii tanquam lex communis servatur et ex isto horum negotia censentur,

auf welche Stelle sich auch

de Wernher und de Canngiesser II. cc.

beziehen. Ja es hat sogar

de Wernher l. c.

angeführt, daß auch in

Decis. Elect. Sax. 36.

also selbst in Deutschen Gesetzen eben dieses festgesetzt sei. Was der Herr Fiscal auch von der Weit-

läuftigkeit des Römischen Staats und der daraus geflossenen Nothwendigkeit dieser Verordnung anführt, beweiset höchstens nur, daß dort diese Verfügung noch unentbehrlicher war, keineswegs aber, daß dieselbe in den minder weitläuftigen und ausgebreiteten Staaten und Ländern Deutschlands unanwendlich sei.

Wenn man aber auch nicht einmal auf das Römische Recht und dessen Analogie hier sehen will, so kommt schon das Argument von der vorzüglichen Leichtigkeit, mit welcher der Beweis in Darmstadt geführt werden kann, und welches in der Natur der Sache gegründet ist, dem Herrn Beklagten zu statten, zumal da hier von Anordnung einer Commission die Rede ist, die an und vor sich an jedem Orte gehalten werden kann. Und hiemit fällt auch dasjenige weg, was fiskalischer Seits sowol daher eingewandt worden, daß das ganze Land der locus gestae administrationis sei, als auch daher, daß der Hr. Beklagte, als Minister unmittelbar unter seinem Fürsten stehe. Denn in Ansehung des erstern kommt es hier nicht darauf an, wie weit sich die Wirkungen der geführten Administration erstreckt haben, sondern nur darauf, wo der Beweis der Unschuld und die Rechtfertigung des Hrn. Beklagten am besten geführt werden könne. In Ansehung des letztern aber kann daraus, und aus

der

der über das ganze Land ausgebreiteten Landshoheit unmöglich gefolgert werden, daß die Bestimmung des Orts der zu haltenden Commission der uneingeschränkten Willkühr des Landsherrn ohne alle Rücksicht auf die Befugnisse des Herrn Beklagten unterworfen, dieser aber schlechterdings zu gehorchen und nur zu erwarten schuldig sei, daß ihm die nöthigen Schriften und Acten vorgelegt werden. Denn es ist begreiflich, daß dieses letztere nicht ohne den größten Aufenthalt und Zeitverlust an einem dritten Ort geschehen könne, der Schwierigkeiten, welche aus der Abhörung der Personen und deren Qualität erwächst, nicht zu gedenken, und daher die Bestimmung eines solchen dritten Orts zur Commission dem Herrn Beklagten zum größten Nachtheil gereiche. Uebrigens aber hat es seine unstreitige Richtigkeit, daß bei Fürstl. sowol als Kaiserlichen Commissionen die Bestimmung des Orts caeteris paribus von dem Willen desjenigen abhange, der die Commission anordnet. Wenn auch fiskalischer Seits behauptet wird, daß der Antrag des Herrn Beklagten auf Verlegung der Commission nach Darmstadt vom Reichshofrath unterm 28sten October 1788. bereits rechtskräftig verworfen sei, so stellt sich diese Behauptung als Actenwidrig dar.

Der Herr Beklagte hatte nehmlich auf die ihm mitgetheilte Paritions-Anzeige des Herrn Landgrafen Hochfürstlichen Durchlaucht beim Reichshofrath darauf angetragen:

1) Daß dem Herrn Landgrafen die Publication der Frankfurter Urtheile in den Zeitungen verwiesen,

2) dessen Paritions-Anzeige als unhinlänglich verworfen, und die Commission auf einen andern im Ober- oder Kurrheinischen Kreise gesessenen Reichsstand erkannt,

3) eventualiter aber dem Herrn Landgrafen ein legaler modus procedendi vorgeschrieben und ihm anbefohlen werden möchte, daß Höchstderselbe dem Herrn Beklagten einen salvum conductum zufertige, auch die Untersuchungs-Commission in loco Darmstadt eröffnen und fortsetzen lasse.

S. Reuß über die Rechtssache des Freiherrn von Moser rc. S. 48. u. f.

Auf diese Anträge erfolgte das in

Schlözers Staatsanzeigen 12. Band 48. Heft S. 511.

abgedruckte Reichshofraths-Conclusum vom 28sten October 1788. des Inhalts:

1) Mit Verwerfung der, theils zu frühzeitig, theils unstatthaft gestellten petitorum, wird des Herrn Landgrafen Paritions-Anzeige für hinlänglich angenommen.

2)

2) wird parti impetratae die Publicirung des von Kaiserl. Majestät cassirten Frankfurter Contumacial-Urtheils sowol, als auch daß derselbe mit der Ladung vorgegangen, ohne die Kaiserl. Resolution auf die Paritions-Anzeige abzuwarten, hiemit verwiesen.

Die Vergleichung des conclusi mit den petitis, auf welche es sich bezieht, zeigt offenbar, daß dem ersten petito deferiret, das zweite aber als unstatthaft, und das dritte als zu frühzeitig angebracht verworfen worden.

Da nemlich des Herrn Landgrafen Hochfürstl. Durchlaucht in der von Höchstdenenselben beim Reichshofrath auf dessen Conclusum vom 28sten Jun. 1787.

S. Reuß teutsche Staatskanzlei 20ster Theil S. 418. u. ff.

und demnächst gesuchte und erhaltene Dilation

Ebendas. S. 423.

eingereichten Paritions-Anzeige

S. Reuß über die Rechtssache des Freiherrn von Moser Beilage VI. S. 70. u. ff.

von der aufs neue angeordneten gegenwärtigen Commission Anzeige gemacht, so war diese unstreitig der Ort, wo der Herr Beklagte, wie er auch gethan hat, seine Einwendungen wegen des Orts der zu haltenden Commission anbringen mußte, zumal da

des Herrn Landgrafen Hochfürstl. Durchlaucht sich, nach eigener des Herrn Beklagten Anzeige in seiner puncto denegatae iustitiae beim Reichshofrath den 28sten August 1786. übergebenen, in

Reuß teutscher Staatskanzlei 14ter Theil S. 413. u. ff.

abgedruckten Vorstellung, in Höchstderoselben hiebevorigen Paritions-Erbieten de praes. 26sten Mai 1783, auf welche und deren per Conclusum vom 5. Sept. deff. Jahres geschehenen Annahme sich auch das

ReichshofR. Conclus. vom 28. Jun. 1787.

bezieht, bereits dahin erklärt hatten,

daß Sie sich der von auswärtigen Impartialibus einzuholenden Sentenz, es falle selbige aus, **wie sie immer wolle**, aufs pünktlichste unterwerfen wollten.

Reuß am zuletzt a. O. S. 425.

Wenn übrigens die Verlegung der jetzt zur Commission ernannten Personen nach Darmstadt, und die einstweilige Entbindung derselben von ihren sonstigen Amtsgeschäften, nicht thunlich gefunden werden sollte, — — so kann dies doch den Rechten des Herrn Beklagten durchaus keinen Nachtheil bringen, sondern die Folge davon würde nur eine Abänderung in dem Personale der angeordneten Commission sein müssen.

12.

12.

Ueber den privilegirten Gerichtsstand, welcher personis miserabilibus nicht nur als Beklagten, sondern auch als Klägern beigelegt wird. — Vorläufig etwas von privilegirten Gerichtsständen überhaupt.

Bei Gelegenheit der sechsten Ausgabe des Lehrbuchs der gerichtlichen Klagen und Einreden von Joh. Lud. Schmidt habe ich bereits in den Zusätzen §. 75. bemerkt, daß L. un. C. *Quando imp. inter pupill.* nichts weniger, als den befreiten Gerichtsstand enthalte, den man gewöhnlich vermöge dieser Constitution anzunehmen pflegt. Diese Bemerkung sollte nur etwas aufmerksamer auf den Inhalt des Gesetzes machen. Die Sache selbst konnte dort nicht vollständig ausgeführt werden. Es wird aber nicht undienlich sein, dieß hier nachzutragen.

Pri-

Privilegirte Gerichtsstände gehören wol überhaupt nicht zu den wohlthätigen Einrichtungen der Staaten. Sind die ordentlichen Gerichte, wie es billig sein sollte, gehörig organisirt und besetzt, so daß sich von ihnen eine gute Rechtspflege erwarten läßt, warum sollte nicht jeder Staatsbürger sich von ihnen richten lassen? Sind sie das nicht, oder nicht ganz so, wie es sein sollte, so ist es gewiß eine sehr gerechte Forderung an die höchste Staatsgewalt, daß den Mängeln der Gerichte abgeholfen, nicht aber, daß nur einige Classen der Staatsbürger von ihnen befreit werden.

Der Barbarei des Zeitalters, wo Despoten und Aristocraten alles an sich zu reißen wußten, haben wir manche Mißbräuche zu danken, die zum Schaden des Ganzen immer noch als bestehende Anordnungen fortdauern. Unter diesen Flecken der Verfassung sind Patrimonialgerichte und das privilegirte forum mit allen seinen Arten, nicht die kleinsten. Jene wollen wir für jetzt nicht weiter berühren. Davon einmal bei einer andern Gelegenheit. Das zweite ist nicht weniger gemeinschädlich, und ich darf daher hoffen, daß man bei irgend einer nähern Prüfung der Sache desto geneigter sein wird, jede Erweiterung desselben, die nicht ganz bestimmt und unleugbar geltende Anordnungen vor sich hat, als ungerecht zu verwerfen.

Erst-

Erstlich. Nichts kann demüthigender für einen Richter sein, dem der Staat die Rechtspflege anvertraut hat, als wenn es zu den Vorzügen und besondern Begünstigungen gerechnet wird, von ihm nicht gerichtet zu werden. Kein Wunder, wenn diese Vorstellung nach und nach alles Streben nach einer höhern Vollkommenheit in Ansehung seiner Dinstfähigkeit bei ihm mindert, und in eben dem Verhältnisse, als er sich selbst dadurch herabgesetzt sieht, auch eine gewisse Geringschätzung seines eigenen Berufs und eben daher eine Gleichgültigkeit gegen die damit verbundenen Pflichten erzeugt wird.

Zweitens, welchen Eindruck muß es auf die niedern und nicht privilegirten Stände machen, wenn man die ihnen vorgesetzten Richter nicht tauglich hält, die Rechtssachen der höhern oder mehr begünstigten Classen der Mitglieder des gemeinen Wesens zu schlichten. Kann ihnen dies wol ein Vertrauen gegen die Richter, die man für sie gut genug hält, und deren Urtheilssprüche einflößen, oder wird es nicht vielmehr dazu dienen, die Achtung des gemeinen Mannes gegen seine Richter und Obrigkeiten zu schwächen, die Streitigkeiten der Bürger unter sich und mit ihren Vorgesetzten, die Zahl der unnützen Querelen bei höhern Gerichten, und andere üble Folgen der Zanksucht zu mehren? Ich überlasse

die

die Beantwortung dieser Fragen einem Jeden nach dem, was er um und neben sich sieht. Mir scheint es, daß nur in dem Verhältnisse, wie Obrigkeiten und Richter bei ihren Untergebenen in Achtung und Vertrauen stehen, der Zweck ihrer Anordnung ganz erreichbar sei, und daß alles, was dazu beitragen kann, diese Stützen der obrigkeitlichen Wirksamkeit wankend zu machen, durch die Gesetzgebung, so weit es von ihr abhängt, zu entfernen sei. Sieht der gemeine Mann, daß höhere Stände und seines Gleichen sich mit ihm von einem und demselben Richter müssen richten lassen, so wird ihn dies bei den Aussprüchen des letztern weit eher beruhigen, und ihn überhaupt gegen die obrigkeitlichen Verfügungen folgsamer machen, womit in der That für den Zweck des Ganzen schon viel gewonnen ist.

Drittens; der Unterschied, welcher zwischen den verschiedenen Classen der Staatsbürger in Ansehung des Gerichtsstandes gemacht wird, dürfte sehr leicht bei der Besetzung der Stellen dem Gedanken einen Eingang verschaffen, daß es mit den ordentlichen Richtern der niedern Stände so viel nicht auf sich habe, und daher diese Aemter auch wol minder brauchbaren Subjecten anvertraut werden könnten. Ich dächte auch nicht, daß die Erfahrung diese Besorgniß so ganz widerlegte.

Viertens. An rechtlichen Gründen, die die Anordnung privilegirter Gerichtsstände nothwendig machten, fehlt es ganz, und man kann keinen erlaubten Zweck derselben anführen, der sich nicht auch durch die ordentlichen Gerichte, wenn für deren Besetzung nur gehörig gesorgt wird, erreichen ließe; die ganze Anstalt verdient daher in zweifelhaften Fällen keine Begünstigung.

Fünftens. Die Vervielfältigung der Gerichtsstände an einem Orte erschwert die Rechtspflege überhaupt, und giebt zu mancherlei Verwirrungen und nachtheiligen Folgen häufig Anlaß. Müssen die Parteien, welche Recht suchen, sich erst bei verschiedenen Richtern herumtreiben, ehe sie den rechten treffen; bedarf es einer Ariadne iurisdictionum im Staate, so können sie darunter an Zeit und Geldverlust beträchtlich leiden. Sind die Gerichte unter sich sogar über die Gränzen ihrer Wirkungskreise streitig, so kann der Nachtheil doppelt groß werden; und wie leicht können diese Verhältnisse den Privatmann in der Ungewißheit, wo er eigentlich sein Recht suchen soll, auf die Gedanken bringen, es lieber durch Eigenmacht und Selbsthülfe geltend zu machen. Die privilegirten Gerichtsstände tragen dazu bei, diese Uebel zu vermehren, sind in jedem Betrachte dem Zweck einer guten Justizpflege

äußerst

äußerst hinderlich, und eben daher eine höchst verwerfliche Anordnung.

Hätten die Rechtsgelehrten das Gemeinschädliche solcher Begünstigungen etwas mehr vor Augen gehabt, so würden sie wenigstens geneigter gewesen sein, sich gegen jede willkührliche Ausdehnung der einmahl gesetzlich bestimmten Vorrechte aufzulehnen, noch mehr aber die ganz ungegründeten, die nur eine Mißdeutung der Gesetze herbeiführen konnte, zurückzuweisen. Von der letzten Art ist das Privilegium fori, welches man den Mitleids würdigen Personen beizulegen pflegt. Diese sollen nicht nur als Beklagte, sondern auch sogar als Kläger berechtigt sein, mit Vorbeigehung aller Instanzen, ihre Rechtsangelegenheit sogleich an den Landesherrn selbst zu bringen, damit dieser sie nach vorhergängiger Untersuchung entscheiden möge.

Man hat bekanntlich viel über dieß große Vorrecht, wodurch den übrigen Staatsbürgern, wenn sie mit jenen Personen in Streitigkeit gerathen, die Rechte der untern Instanzen genommen, und mehrere nachtheilige Folgen veranlaßt werden, geschrieben, und gestritten; aber ohne die Unrichtigkeit der Sache an sich auch nur zu ahnden, ist der Streit meistens bloß über die Subjekte und die Grenzen dieses Vorrechts besonders mit Rücksicht auf Deutsche

Verfassung geführt worden. Man hat gefragt, ob die Armuth schon einen gegründeten Anspruch auf dieß Privilegium gebe, ob die Sachen vermöge desselben, an die höhern Landesgerichte, an die Fürsten Deutschlands selbst, oder gar sogleich an die Reichsgerichte gelangen könnten? Aber davon war die Rede nicht, ob nicht vielleicht das ganze vermeinte Vorrecht nur die Folge einer ganz irrigen Deutung der in L. un. C. Quando imperat. inter pupill. etc. enthaltenen Verordnung sei.

Um die richtige Erklärung dieses Gesetzes vorzubereiten, darf ich nur daran erinnern, daß der Römische Princeps nach und nach alle Zweige der höchsten Staatsgewalt, die gesetzgebende, die richterliche und die vollziehende Gewalt in seiner Person vereinigte. Dieß zeigen, wenn es sonst nicht schon aus der Geschichte bekannt genug wäre, die Constitutionen des Codex deutlich genug, die in den Edicten die gesetzgebende, in den Decreten und Rescripten die richterliche, und in den Mandaten die vollziehende Gewalt in ihrer völligen Ausübung darstellen. Diese Verfassung brachte es mit sich, daß häufig Rechtsangelegenheiten an den Princeps selbst zur Entscheidung gebracht, und dabei die Untergerichte sogar übergangen wurden, zumal, wenn Jemand einen mächtigen Gegner wider sich hatte,

dessen Einfluß bei dem ordentlichen Richter ihm fürchterlich war[1]. Die Sachen wurden alsdann dem

[1]) *Jacob* Gothofred ad L. 2. C. Theod. de offic. iud. omn. (I. 10.) Glück Erläuterung der Pandekten tit. de iudic. §. 522. pag. 348. Ganz vorzüglich aber ist hiemit zu vergleichen: C. G. Haubold de consistorio principium, specimen I. et II. iuris publici Romani, Lipsiae 1789. eine mit großem Fleiß und vieler Gelehrsamkeit abgefaßte Schrift, deren Fortsetzung sehr zu wünschen ist. Unter mehrern lehrreichen Bemerkungen derselben, worauf ich aufmerksam machen könnte, steht zunächst mit meinem Zweck in Verbindung, was der Verfasser cap. 2. §. 1. mit Ernesti Exc. ad Sueton. Caesar. II. 43. sagt: Duplex occupata reipublica occurrit iurisdictionis notio; primum vetus illa, quae libertatis tempore iam in usu fuerat, qua intelligitur potestas *magistratibus* propria, causas priuatas cognoscendi, easque decidendi; deinde noua, quae ad *imperatores* iure singulari pertinet. Quis enim *Julius Caesar*, *Augustus* et successores pristinam magistratibus reliquerunt iuris dicundi potestatem, non potuere ad eos pertinere aliae caussae, quam quas vel ipsi tanquam magistratus, v. c. in Consulatu, cognoscerent, vel in quibus a magistratibus ordinariis ad eos esset provocatum. Atque eiusmodi

dem Befinden nach entweder zum Zweck der höchsten Entscheidung in consistorio principis förmlich

modi lites dicebantur esse iuris ordinarii, ac propriam Caesarum *iurisdictionem* constituere, a qua diuersae omnino erant *cognitiones*, utpote quae, licet suos magistratus haberent, extra ordinem statim ab imperatoribus in causis tam publicis, quam priuatis exercebantur, et propterea *extraordinarii iuris* esse censebantur. Sequiori vero aeuo imminuta sensim magistratuum potestate, frequentiores factae sunt. Caesarum cognitiones, ut nulla cogitari posset lis, quae non vel per modum prouocationis, vel extraordinariae cognitionis nomine ad Imperatorum iurisdictionem pertineret. — — Justinian läßt sich auch recht majestätisch über die Sache vernehmen, und legt bekanntlich den Entscheidungen von oben herab die volle Kraft der Gesetze für ähnliche Fälle bei. L. 12. C. de legibus, verbis: Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus comminus constitutis sententiam dixerit; omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. Quid enim maius, quid sanctius Imperiali est maiestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat: cum

et

verhandelt und untersucht, oder auch sogleich auf den einseitigen Vortrag des Supplicanten, freilich wol oft genug durch einen Machtspruch, entschieden. Die Befugniß, solchergestalt in Rechtsstreitigkeiten seine Zuflucht geradezu an den Imperator zu nehmen, war keineswegs ein besonderes Vorrecht personarum miserabilium, sondern ein jeder, dem die Rechtspflege der Untergerichte in seinen Angelegenheiten zweideutig war, und der sich entweder durch die Verfügungen des ordentlichen Richters beschwert fand, oder sonst Gründe zu haben glaubte, bei dem Princeps selbst etwas zu bewirken, was ihn der gewöhnliche Weg Rechtens nicht erwarten ließ, wandte sich an den Monarchen, und von diesem die Sache bestimmen zu lassen. Davon geben die Sammlungen der Constitutionen, welche auf unsere Zeiten gekommen sind, tausend Beispiele. Besonders lästig war nun hiebei das persönliche Erscheinen vor dem Princeps für diejenigen, die in entlegenen Gegenden des Römischen Staats ihren Wohnsitz hatten, und die daher mit beträchtlichen Kosten, und großem Zeitverluste sich der Reise in die Hauptstadt unterziehen mußten.

et veteris iuris conditores, constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant?

mußten. In diesem Betrachte suchte nun Constantin der Große den Pupillen, den Wittwen, und andern des Mitleids würdigen Personen durch eine Verordnung zu Hülfe zu kommen, die, wenn doch einmal die sogenannte Cabinetsinstanz im Gange ist, allenfalls das Lob verdienen mag, womit **Balduin** den Urheber derselben gepriesen hat [2]).

[2]) *Franc.* Balduini Constantinus Magnus, siue comment. de Constantini imp. legibus ecclesiast. et ciuil. cum praefat. N. H. *Gundlingii*, Lips. et Halae 1727. lib. 2. pag. 180. „Porro quum suam Constantinus aulam, non secus atque ecclesiam quandam, vellet esse commune asylum afflictae innocentiae, et velut aram salutis, et praesidium iuris; nullo vero modo pateretur a potentioribus infirmiores, vexari, edidit constitutionem pio et bono principe dignam, ut pupilli, viduae, infirmi, et aliae, ut adpellantur, miserabiles personae in suo tantum domicilio, prouinciaue conueniantur, neque ullo principis rescripto possint inuiti alio protrahi, ne in ipsius quidem imperatoris aulam. Ipsis tamen ut integrum sit ac liberum, si alicuius potentiam reformidant, eo recurrere, et aduersarium ad principis cognitionem atque tribunal euocare. Oportet valde humanum et vere Christianum principem fuisse Constantinum, ad

Da es nöthig sein wird, den wörtlichen Inhalt dieser Verordnung hier immer vor Augen zu haben, so setzen wir sie zuvörderst ganz hieher.

L. un. C. *Quando Imperator inter pupillos etc.* gleichlautend, bis auf einige unbedeutende Veränderungen im Ausdruck, mit L. 2. C. Th. *de offic. iudic. omn.*

Si contra pupillos, vel viduas, vel (diuturno) morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatui nostro *sui copiam facere:* quinimo intra provinciam, in qua litigator, et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam: atque

ad quem infimo cuique tam facilis patuit accessus. Sed neque se alioquin Christianum, neque verum principem fore recte iudicabat. Non causabatur, quod ille olim Philippus Macedo cuidam aniculae respondit, *sibi tantum non esse otii ut audiat vulgi causas.* Nam et sciebat, quum id praetexeret Philippus, merito ab illa, quam repellebat anu audiisse, *Ne sis igitur rex.* Sciebat diuinitus tutelam pupillarum, viduarum, et talium personarum, quas potentum iniurias obnoxias esse constat, suae fidei concreditam esse.

atque omnis cautela servetur, *ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere.* Quod si pupilli, vel viduae, aliique fortunae iniuria miserabiles, iudicium nostrae Serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescant: *cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere.* Ein jeder wird nun, bei aufmerksamer Lesung dieser Verordnung leicht wahrnehmen, daß darin überhaupt nur die Frage vom persönlichen Erscheinen vor dem Princeps und in dessen Consistorium bestimmt worden ist. Den Personen, zu deren Besten die ganze Vorschrift gereichen soll, wird die Befreiung von diesem Erscheinen zugestanden, wenn sie von der Hauptstadt entfernt, in irgend einer Provinz ihren Wohnsitz haben. Dagegen aber sollen, wenn diese Personen selbst eine Sache an den Monarchen bringen, und auf dessen Bestimmung antragen, ihre Gegner schuldig sein, sich persönlich in consistorio principis zu stellen. — Die Frage hingegen, ob und in wie fern es im Ganzen erlaubt sei, Sachen an den Imperator unmittelbar, mit Vorbeigehung der Unterrichter, zu bringen, entscheidet diese Constitution gar nicht. Sie setzt vielmehr nach der Verfassung, die solches mit sich brachte, als bekannt voraus, daß dieß nicht selten zu geschehen pflege, vorzüglich aus

Furcht vor dem Einflusse eines mächtigen Gegners — praesertim quum potentiam adversarii perhorrescant, und bestimmt nur, was in Ansehung der gedachten Personen Rechtens sein soll, wenn es geschieht. — Die Befugniß also, sich in ihren Angelegenheiten selbst geradezu an den Princeps zu wenden, ist diesen Personen durch diese Verordnung nicht erst beigelegt, sondern an sich betrachtet als eine gemeine Zuflucht aller Staatsbürger hier nur anerkannt, und zum Besten der Pupillen rc. in ihrer vollen Wirkung bestätigt, dagegen aber in Ansehung Anderer bloß die Einschränkung hinzugefügt, daß die Ausübung dieses Rechts wider die erwähnten Personen nicht den Erfolg haben soll, sie zu einer beschwerlichen und kostbaren Entfernung von ihrem Wohnorte zum Zweck des persönlichen Erscheinens vor dem Princeps zu nöthigen. Hat Jemand also mit einem andern Gegner, nicht mit einer persona miserabili zu thun, so behält er das erwähnte Recht mit voller Wirkung, so wie es überhaupt üblich, und der Verfassung gemäß ist. Wollte man nun ja nach jener Verordnung ein privilegium fori personarum miserabilium annehmen, so würde dieß gerade umgekehrt nur in der Befreiung von der Nothwendigkeit, ihrem Gegner außer dem Orte ihres Wohnsitzes zu folgen, bestehen.

Der

Der befreite Gerichtsstand also, den die Rechtsgelehrten hier annehmen, da sie vermöge jener Verordnung den gedachten Personen das besondere **Vorrecht** beilegen, ihre Rechtsangelegenheiten, mit Vorbeigehung aller sonst gewöhnlichen Instanzen, an den Regenten selbst zu bringen, ist sicher nichts anders, als eine wahre Mißdeutung des Gesetzes, wie dieß aus dem Vorhergehenden deutlich erhellet.

Nachdem man nun das vermeinte privilegium fori hier erst ganz willkührlich und ohne allen Grund angenommen hat, so streitet man sich dann weiter über den Umfang desselben, ingleichen darüber, was die Verordnung, welche nichts von diesem privilegio enthält, bei der Anwendung desselben voraussetze. Wenn einige Ausleger behaupten, daß personae miserabiles schon als solche das erwähnte Vorrecht haben sollen, ohne daß es dabei weiter auf rechtliche Ursachen, den Unterrichter abzulehnen, ankomme, so behaupten andere das Gegentheil[3]), und dabei machen denn vorzüglich die Worte: praesertim quum alicuius potentiam perhorrescant, einen vorzüglichen Gegenstand der gelehrten Fehde aus. Genau betrachtet ist aber dieser Streit ganz

[3]) Man sehe über diese und andere Controversen Glück l. c. §. 522. p. 349. etc.

vergeblich, indem die Frage, in wie fern personae miserabiles überhaupt berechtigt sind, ihre Zuflucht in vorkommenden Rechtssachen geradezu an den Regenten zu nehmen, in diesem Gesetze gar nicht entschieden, noch weniger den angeführten Personen ein besonderes Vorrecht in Ansehung dieser Befugniß überhaupt ertheilt ist. Indem das Gesetz zuerst von dem Falle redet, da andere Personen eine Sache an den Princeps bringen, und dieß nicht an sich schon als unzulässig verworfen, sondern nur in seinen Wirkungen gegen personas miserabiles eingeschränkt wird, so folgt ganz natürlich hieraus, daß die Sache, da sie an sich allen freisteht, kein besonderes Vorrecht der letztern sein kann. Was aber die eigenen Anträge dieser Personen an den Regenten betrifft, wovon darauf in der Verordnung gehandelt wird, so ist über die Zulässigkeit derselben überhaupt nichts bestimmt worden, weder daß rechtliche Ursachen dazu erfordert würden und welche? noch daß es auf Ursachen gar nicht dabei ankommen solle. Die Worte: praesertim quum etc. enthalten also hier, ohne etwas vorzuschreiben, bloß einen enunciativen Satz, es wird dadurch nur ausgesagt, was vorzüglich dergleichen Recurs an den Princeps zu veranlassen pflege. Beiläufig ist noch zu bemerken, daß, wenn die Zulässigkeit der Sache an sich auf

die-

diesen und ähnliche Gründe eingeschränkt sein soll, welches im Ganzen sehr vernünftig ist, die Idee eines besondern Vorrechts jener Personen nicht füglich mit einem Rechtsmittel zu verbinden sein dürfte, was mit jener Einschränkung einem Jeden freistehen würde.

Die Anwendung der Verordnung **Constantins** betreffend, glaubt man, daß schon **Justinian** in der 86sten Novelle die Sache zum Theil anders bestimmt habe[4]). Diese neuere Constitution redet aber ausdrücklich nur von den Rechtsmitteln, deren sich die Parteien gegen die ordentlichen Gerichte wegen **verzögerter Justiz** zu bedienen haben, und gehört also eigentlich nicht hieher. Richtiger ist es wol, daß beide Anordnungen sich bloß auf die eigenthümliche Verfassung des Römischen Staats einschränken, und daß besonders L. un. C. *Quando imperat. inter pupill. etc.* sich nur auf die richterliche Gewalt des Römischen Princeps beziehe, folglich in Deutschland, wo eine ganz andere Verfassung Statt findet, kein Gebrauch davon zu machen sei, daß also auch personae miserabiles als Kläger und Beklagte bei uns die ordentlichen Gerichte, und deren Justizmäßiges Verfahren in ihren Angelegen-

gen-

[4]) Glück l. c. pag. 350. u. das. angeführte DD.

genheiten über sich anerkennen, oder wenn sie diese verdächtig glauben, die gemeinrechtlichen Mittel der Recusation ergreifen müssen, nicht aber ihre Sachen geradezu schon in erster Instanz an den Regenten bringen dürfen. Von dem privilegirten Gerichtsstande, den das Römische Recht selbst hier ohnehin gar nicht anordnet, kann in Deutschland noch weniger die Rede sein[5]).

Der vermeinte Gerichtsgebrauch, womit man freilich alle Irrthümer in Wahrheiten umschaffen, und alles Unrecht in Recht verwandeln könnte, wenn

[5]) Daß wenig oder gar kein Gebrauch des vermeinten Privilegii in Deutschland Statt finde, suchte schon Thomasius Dissert. de singulari aequitate L. un. C. *Quando imperator inter pupill.*, in Eiusd. Dissertat. Academ. IV. 578. wiewol aus andern Gründen zu zeigen. Von der Einschränkung desselben handelt Berger oecon. iur. IV. 4. 3. 2. — Die Preußische Gerichtsordnung verwirft es ganz I. 2. 106. verb.: „Das bisher „üblich gewesene sogenannte forum miserabilium „personarum fällt künftig weg, da die Untergerichte gegenwärtig besser bestellt und eingerichtet „sind, und der Zutritt zu dem Oberrichter auf „dem Wege der Appellation oder des Recurses „einer jeden Partei, auch der ärmsten, ohne „Schwierigkeiten und Kosten offen steht.“

wenn das, was geschieht, oder geschehen ist, schon immer eine gültige Norm für die Zukunft abgeben dürfte, dieser Gerichtsgebrauch also kann eine Sache nicht rechtfertigen, die a) an sich gar keinen rechtlichen Grund vor sich hat, vielmehr offenbar ungerecht und nachtheilig ist, da sie b) die Rechtsangelegenheiten aus dem ordentlichen Justizmäßigen Verfahren in eine Lage versetzt, wo sehr leicht Willkühr und bloße Machtsprüche an die Stelle gesetzmäßiger Urtheile treten können.

Man hat bei dieser Gelegenheit doch wenigstens die Patrimonialgerichte gegen das behauptete privilegium fori zu sichern gesucht[6]). Wer es kennt, in wie guten Händen die Rechtspflege sich meistens bei diesen Gerichten befindet, und daher das Glück, von ihnen gerichtet zu werden, gehörig zu schätzen weiß, dem wird es auch einleuchten, wie sehr dem gemeinen Wesen an Aufrechthaltung derselben gelegen sei.

Mehrere Rechtsgelehrten behaupten, daß bei uns die Sachen personarum miserabilium sogleich an die ersten Landesgerichte, ja auch wol, den Umständen nach, an die Reichsgerichte gebracht wer-

6) BERGER l. c. vergl. Glück l. c. pag. 352. u. das. angeführte DD.

werden dürften. Dieß ließe nun zwar ein regelmäßiges Verfahren in Verhandlung der Sachen erwarten. Allein, a) ist doch diese Anwendung einer Verordnung, die ganz bestimmt von dem Monarchen in eigner Person redet, sehr willkührlich, und b) wird auch dadurch die Ungerechtigkeit der Sache an sich nicht gehoben, da das vermeinte privilegium fori nirgends vorgeschrieben ist. Dem Gegner wird ohne Grund das Recht der ersten Instanz auch hier geschmälert, und er statt dessen genöthigt, sein Recht einem einzigen Ausspruch zu unterwerfen, der, wenn ihn ein Unterrichter gefällt hätte, in der Stufenfolge der Instanzen doch die Möglichkeit einer wirksamen Widerlegung, mithin auch die Hoffnung übrig gelassen haben würde, daß selbst das höhere Gericht, anstatt es jetzt auf die erste Verhandlung der Sache gegen ihn erkennt, die Sache, nach deren vollständiger Erörterung, ganz anders entscheiden dürfte.

13.

13.

Kurze Bemerkungen über die executivische Klage, und deren Unzulässigkeit aus Handschriften, die keine causa debendi enthalten.

Daß der ordentliche Proceß auf eine genauere und vollständigere Untersuchung der vorkommenden Rechtssachen führet, als der Executivproceß, und daß der Kläger bei jenem, wenn ihm auch der Zeitverlust etwas lästig wird, doch nicht leicht so viel, als der Beklagte bei dem Executivproceß, verlieren kann, ergiebt die Vergleichung beider Verfahrungsarten von selbst. Da nun in dubio für den Beklagten gesprochen werden muß, so wird auch eben

so

so in zweifelhaften Fällen gegen den Executivproceß zu erkennen sein, zumal da dieser ohnehin eine Ausnahme von der Regel ist, und meistens dadurch aus einem Rechtsstreite zwei, wo nicht gar drei Processe veranlaßt werden, wenn über die Nothwendigkeit einer von Seiten des Beklagten geforderten Sicherheitsleistung, oder deren Zulänglichkeit gestritten wird.

Nach allgemeinen Begriffen und Grundsätzen des Executivprocesses wird wenigstens allemal erfordert, daß die Urkunden, woraus geklagt wird, den völligen juristischen Beweis desjenigen, worauf es bei der Entscheidung ankommt, enthalten, mithin der Gläubiger, der eigentliche Schuldner, die Größe der Schuld, die Zeit der Bezahlung, und die Schuldursache daraus deutlich und bestimmt erhellen muß [1]).

Es hat zwar **Hommel** [2]) zu zeigen gesucht, daß es einer Angabe der causa debendi hier gar nicht

[1]) Schaumburg princip. prax. iud. II. 2. 4. **Claproth** Grundsätze der Summar. Proc. §. 161. **Danz** Summ. Proc. §. 32.

[2]) Rhapsod. quaest. etc. observ. 890.

nicht bedürfe. Allein seine Meinung ist schon in dem Betrachte nicht füglich anzunehmen, weil alle Richtigkeit einer Forderung doch darauf beruhet, ob sie einen wahren und rechtlichen Grund vor sich hat. Urkunden also, die hierüber keine Auskunft geben, würden das wesentlichste und vorzüglichste Erforderniß aller vorkommenden Ansprüche der Untersuchung des Richters ganz entziehen. Das allgemeine Geständniß der Schuld mag immerhin eine gewisse Vermuthung für den Kläger gegen den Aussteller mit sich bringen; wenn aber die Ursache der Schuld nicht ausgedruckt ist, so läßt sich doch die Richtigkeit der Forderung nicht vollständig, veritate iuridica, aus der Urkunde entnehmen. Daher muß der Kläger sich gefallen lassen, daß diese Richtigkeit nunmehr im ordentlichen Proceß weiter ausgemacht, auch der Beklagte mit seinen Einreden vollständig dagegen gehört werde.

Die Vermuthung, welche der Kläger aus dem allgemeinen, und in Ansehung des rechtlichen Grundes unbestimmten Bekenntnisse für sich herleiten kann, ist bloß praesumtio hominis, die er zwar zur Ausführung der Richtigkeit seiner Forderung allerdings mit gebrauchen, und die

auch den Richter zur Schlichtung der Sache durch einen Entscheidungseid nach vorkommenden Umständen berechtigen, nicht aber den Kläger ganz von dem Beweise seines Klagegrundes befreien kann. Diese letztere Wirkung eigentlicher Rechtsvermuthungen hat kein Gesetz jenem allgemeinen Bekenntnisse zugestanden, vielmehr erklärt sich L. 25. §. 4. D. *de probationibus* ausdrücklich dagegen: Sin autem *cautio* indebite exposita esse dicatur, et indiscrete, — d. i. ohne Angabe der eigentlichen Schuldursache — loquitur, tunc *eum in quem cautio exposita est*, compelli, debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit; nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, *causas* explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. Nur dann soll also das urkundliche Geständniß die volle Beweiskraft gegen den Aussteller haben, wenn dadurch ein bestimmter rechtlicher Grund der Forderung als richtig angegeben wird. **Hommel** will zwar in dieser gesetzlichen Bestimmung nur eine Bedingung der Römischen Litteralverbindlichkeit, und

eben

eben darin zugleich einen Grund antreffen, warum die dabei vorausgesetzte Form der Urkunden in unsern Gerichten keine Anwendung finden könne. Allein, abgesehen davon, daß auch das Canonische Recht die Sache überhaupt fast wörtlich eben so bestimmt [3]), so leiten doch allgemeine Rechtsgründe, wie schon angeführt worden ist, auf dieses nothwendige Erforderniß einer völlig beweisenden Urkunde, ohne solches bloß auf die ältere Litteralverbindlichkeit einzuschränken. Ist bei Anstellung einer persönlichen Klage nicht bloß der nächste, sondern vielmehr der entfernte Klagegrund bestimmt anzugeben [4]), so kann auch eine Urkunde, die nur jenen ausdruckt, an sich zur Rechtfertigung einer Klage nicht hinreichen, und dieß am wenigsten so wie es der Executivproceß voraussetzt.

Die Gründe, welche **Hommel** bei dieser Gelegenheit von der Form der Wechselbriefe hernimmt, können hier nicht in Betrachtung kommen. So unschicklich es sein würde, die Wechselver-

3) Cap. 14. X. *de fide instrument.*

4) J. L. Schmidt Lehrbüch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 100.

bindlichkeit wider ihre eigenthümliche Natur nach Römischen Rechten behandeln zu wollen, so wenig kann auch das besondere Verhältniß der Wechsel auf andere Schuldverschreibungen angewandt, und der Anwendung gemeinrechtlicher Grundsätze bei diesen entgegengesetzt werden.

14.

Ueber die Einrede des Eigenthums gegen persönliche Klagen aus Contracten.

Der Beklagte muß zwar der Regel nach mit seinen Einreden gegen die angestellte Klage, folglich auch mit dem Einwandte, daß ihm die Sache, welche der Kläger verlangt, eigenthümlich zugehöre, vollständig gehört werden. Diese Regel leidet aber vorzüglich zwei Ausnahmen, 1) wenn possessorisch, und 2) wenn aus Verträgen geklagt wird, welche die Verbindlichkeit eine gewisse Sache zurückzugeben mit sich bringen. Die Klagen, welche bloß das Besitzungsrecht betreffen, gestatten bekanntlich jene Einrede nicht anders, als wenn der Grund derselben sogleich erwiesen ist. Die zweite der gedachten Ausnahmen ist zwar an sich eben so wahr, indes dürfte sie doch noch einige nähere Erläuterung erfordern, besonders aber in Ansehung ihrer rechtlichen Begründung noch etwas zu berichtigen sein. Um den Satz zu beweisen, daß geliehene, verwahrlich

anvertraute, und andere vermöge eines Contracts wieder abzuliefernde Sachen unter dem Vorwande des Eigenthums von dem Inhaber nicht zurückgehalten werden dürfen, findet man in den gangbaren Lehrbüchern, uud größern Werken des Civilrechts eine Reihe von Gesetzstellen angeführt, die aber größtentheils nichts von dem beweisen, was sie eigentlich darthun sollen.

Natürlich sind es zwei ganz verschiedene Einreden, die man nicht nach einerlei Gründen zu beurtheilen hat: a) daß die Sache, welche actione commodati, depositi, etc. zurückgefordert wird, nicht dem Kläger, sondern einem Dritten zugehöre, b) daß sie dem Beklagten eigenthümlich selbst zustehe. Unzulässig ist die erste Einrede, 1) überhaupt, weil sie de iure tertii ist[1]), 2) besonders, weil die Verträge, woraus geklagt wird, sich nicht auf eigenthümliche Sachen des Klägers einschränken, sondern ihre rechtliche Wirkungen auch in Ansehung fremder Sachen behaupten; — commodatum — pignus etc. rei aliena valet inter contrahentes. — Diese Gründe sind bei der zweiten Einrede ganz unanwendlich, da 1) der Beklagte hier sein eigen Recht an der Sache geltend zu machen sucht,

[1]) Schmidt Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 117.

sucht, und 2) jene Gültigkeit der Vorträge in Ansehung fremder Sachen sich ebenfalls nur darauf einschränkt, daß keiner der Contrahenten durch die Rechte eines **Dritten** sich befugt halten darf, die gegenseitigen Forderungen aus dem Contracte abzulehnen. Hier aber, wo von fremden Gütern in dieser Beziehung nicht, sondern von eigenen Sachen die Rede ist, die Jemand gleichwol etwa als Pachter, als commodatarius etc. erhalten hat, würde eine ganz entgegenstehende Rechtsregel eintreten: Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio (conductio) *rei suae* consistere potest. L. 45. D. *de diversis regul. iur. ant.* Nur besondere Verhältnisse sind es, welche eine Abweichung von dieser Regel alsdann gestatten, wenn Personen, die den Eigenthümer vom Gebrauch oder Besitz seiner Sache auszuschließen berechtigt sind, ihm solche durch Pacht oder Leihcontracte wieder überlassen, oder sonst anvertrauen[2]. Im Ganzen ist also gewiß, daß die Unzulässigkeit jener ersten Einrede an sich keineswegs

 das

[2]) L. 37. D. de pignerat. act. L. 37. D. de adquir. vel amitt. possess. L. 29. D. Quib. mod. ususfr. vel usus amitt. Voet comment. ad Dig. Tit. loc. cond. §. 4. 5.

das Unrechtmäßige der zweiten in sich schließt, weil bei dieser gerade das Gegentheil der Gründe Statt findet, welche die erste verwerflich machen. Wenn daher die Gesetze sagen: Commodare possumus etiam *alienam* rem, quam possidemus, tamesti scientes alienam possidemus, ita ut etsi fur, vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem. L. 15. 16. D. *commodati vel contra.* — Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus Lib. 6. Digestorum putat, recte depositi acturos, nam interest eorum, eo quod teneantur L. 1. §. 19 D. *depositi.* — Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet, a praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt, et consumti condici. Proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit. L. 22. §. 22. D. de pign. act.[3]), so sind dieß alles nur Bestätigungen des Satzes, daß die erste der vorhin gedachten Einreden dem Beklagten nicht zu Gute komme; denn indem die angeführten Gesetze es als ausgemacht annehmen, daß

[3]) Die letztere Stelle ist in den Worten: Proderit igitur ei etc. etwas dunkel. Man sehe darüber Westphal vom Pfandrechte §. 110.

daß eine fremde Sache der Gegenstand des Handels sei, und diesen dennoch als gültig unter den Parteien fortdauern lassen, auch mit allem rechtlichen Erfolg die Klage daraus gestatten, so würden sie sich selbst widersprechen, wenn dieses auch von den Falle zu verstehen sein sollte, da das Eigenthum des Beklagten an der Sache **ausgemacht wäre**, indem ja hiemit nach der vorhin angeführten Rechtsregel die **Gültigkeit des Contracts**, wovon doch diese Gesetze ausgehen, nicht würde vereinbarlich sein. — Ich übergehe L. 5. §. 12. D. *commodati*, welche sichtlich von dem Falle, da der Inhaber der Sache sein Eigenthum vorschützt, gar nicht redet. — Wenn es ferner heißt: Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur, L. fin. C. *de commodato;* so sieht man wol gleich beim ersten Anblick, daß dies hier gar nichts entscheide. Der Beklagte schützt kein *debitum* vor, wenn er sich auf sein Eigenthum beruft.

Daß indeß eine Sache an sich wahr sein kann, obgleich die Beweisgründe, welche dafür angeführt werden, nicht zureichend sind, davon, sollte ich glauben, giebt die Litteratur des Civilrechts mehr als eine Erfahrung. Wer eine Sache als Miethsmann, als Commodatar rc. inne hat, kann sich der Einrede des ihm zustehenden Eigenthums mit dem Erfolge

nicht bedienen, daß diese Einrede erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde. Denn 1) der Beklagte besitzt die Sache vermöge des Contracts unstreitig auf fremden Nahmen, und muß also auch die Folgen dieses Besitzes nach dem Contract gegen sich gelten lassen. Durch die Angabe, daß er die Sache vielmehr als Eigenthümer besitze, ändert er einseitig causam possessionis, welches die Gesetze nicht gestatten, womit er also auch gar nicht zu hören ist, so lange das Contractsverhältniß noch fortdauert, und der Gegner sich nicht bei seiner Anmaßung beruhiget, ihn ausdrücklich oder stillschweigend den Civilbesitz zugestanden hat. Er muß also die Sache dem Gegner vermöge des Vertrags wieder abliefern, und erst nachdem er durch diese Zurückgabe das Contractmäßige Verhältniß, worin er bisher in Beziehung auf die Sache gestanden, wieder aufgehoben hat, kann er nunmehr sein vermeintes Eigenthum klagend verfolgen. L. 3. §. 19. D. *de adquir. vel amitt. posses.* — Illud quoque a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse [4]).

2)

[4]) Hiemit sind auch zur nähern Erläuterung dieser Regel zu vergleichen: L. 19. §. 1. D. *de adquir. vel amitt. possess.* L. 33. §. 1. D. *de usurpat. et*

2) Fände das Gegentheil Statt, und dürfte der Beklagte sich zu jenem Zwecke mit der Einrede des Ei-

et usucap. verb.: Quum haec igitur recipiantur in persona eius, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt etc. Die scheinbar entgegenstehende Lehre Papinians L. 47. D. de adquir. vel amitt. possess.: Si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato, tibi possidere, neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est. Cuius rei forsan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius inuaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit, idque Nerua filius libris de usucapionibus retulit. Idem scribit aliam esse causam hominis commodati omissa custodia. Nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit. Videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conseruare, cuius corpore caeteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio. Homines autem retinentur si revertendi animum habeant, diese Stelle hat den Auslegern zwar viele Mühe gemacht. Averanius interpret. iur. civ. I. 28. Westphal von den Arten der Sachen

Eigenthums schützen, so würde man dadurch die unlautere Absicht desjenigen begünstigen, der durch Einleitung irgend eines Mieth- oder andern Contracts sich erst den Besitz einer Sache, die er in Anspruch zu nehmen dächte, zu verschaffen, und eben dadurch den bisherigen Inhaber derselben um die Vortheile des Besitzes im Laufe des Rechtsstreits zu bringen wüßte. Diese Gründe, von denen der erste die Unzulässigkeit der gedachten Einrede als eine nothwendige Folge darstellt, der andere aber wenigstens ein Gesetz gegen dergleichen unlautere Einleitung äußerst wünschenswerth macht, werden also die einzige, aber auch ganz bestimmte Vor-

Sachen rc. §. 190. von Spangenberg Lehre vom Besitz §. 66. Hier ist die Schwierigkeit leichter gehoben, weil Papinian sichtlich nur vom Verlust des Besitzes überhaupt redet, in so fern er factisch ist. Kann gleich dieser Verlust durch unrechtmäßige Handlungen Anderer, besonders auch der natürlichen Innhaber der Sache, bewirkt werden, L. 20. D. ibid. so folgt doch nicht, daß letztere nun als Civilbesitzer auftreten, und ihre eigenmächtige Anmaßung als rechtlichen Erwerb des Besitzes geltend machen können; welches Westphal l. c. §. 196. näher erläutert hat; und davon ist ja hier nur die Rede.

Vorschrift, die unser Civilrecht hierüber enthält, völlig rechtfertigen.

L. 25. C. De locato conducto.

Si quis conductionis titulo agrum, vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem prius restitutere debet, et tunc de proprietate litigare. — Der Pachtcontract bietet durchaus kein eigenthümliches Verhältniß dar, um die Anwendung dieser Vorschrift bloß auf ihn einzuschränken. Die Gründe können keine andere sein, als die vorhin angeführten, die er mit allen Contracten, welche einen Besitz auf fremden Nahmen, und mit ihm die Verbindlichkeit der Zurückgabe gewisser Sachen hervorbringen, gemein hat. Daher ist auch an der Wirkung des Gesetzes in dem Umfange einer allgemeinen Rechtsnorm für alle Klagen aus Contracten der gedachten Art nicht zu zweifeln[5].

Von

[5]) Anton Faber Error. pragmatic. VI. 5. findet zwar in der angeführten Constitution eine ganz neue, und von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Vorschrift, die, wie er sagt, ganz anders gelautet haben würde, si *Papinianus* potius, quam *Justinianus* consulatur. Allein in so fern er hier ein schon erwiesenes Eigenthum des Beklagten voraussetzt, treffen seine Gründe die Sache, worauf es ankommt, eigentlich nicht, wie

Von dieser Vorschrift kann aber nur dann ein Gebrauch zum Besten des Klägers gegen den Beklagten Statt finden, 1) wenn die Herausgabe der Sache vermöge des **Contracts** gefordert, und mithin aus diesem geklagt wird; 2) der Grund der Klage, nämlich der Contract an sich muß von dem Beklagten zugestanden, oder erwiesen, und 3) das vorgeschützte Eigenthum nicht schon liquide sein. Diese Voraussetzungen sind einzeln noch etwas näher zu erwägen.

Also

wie die Folge näher zeigen wird. Im Uebrigen aber sucht er den Beklagten gegen die Regel, daß Niemand sich einseitig causam possessionis ändern könne, vergeblich in Schutz zu nehmen. Fieri potest, sagt er, ut dominii quaestionem referat, nec tamen sibi mutet causam possessionis, ut puta, si non prius pro suo possidere velit, quam de dominii sui iure cognitum fuerit, et pronunciatum, *prius autem de dominii iure cognosci et pronunciari velit, quam rem restituere compellatur.* Dieß zu verlangen, hat er gar kein Recht. Er muß also entweder zugeben, daß er einseitig den Grund seines Besitzes ändert, oder, daß er ohne allen Rechtsgrund dem Kläger die Sache vorenthält. Man sehe dagegen **Westphal** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc., §. 1037.

Also erstlich, nur in Beziehung auf die Klage aus dem Contracte versteht sich die Unwirksamkeit der gedachten Einrede, denn nur die Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Contract bestimmt, machen die Ausflucht des Beklagten unzulässig, daher muß auch der Kläger jene Rechte geltend zu machen suchen, wenn die Folge davon eintreten soll. Einige ältere Rechtslehrer waren gar der Meinung, daß der Kläger, um völlig gegen die gedachte Einrede gesichert zu sein, sich nicht sowohl der eigentlichen Contractsklage, als welche ihn noch keineswegs hinreichend schütze, sondern vielmehr nahmentlich der Condiction aus dem angeführten Gesetze bedienen müsse[6]. Dies hat aber schon **Böhmer**[7] gründlich widerlegt. Unstreitig sind es die Rechte des Contracts, welche das Gesetz gegen die vom Beklagten beabsichtigte Verzögerung des Streits begünstigt; und mithin muß auch die Klage, wodurch jene Rechte verfolgt werden, dieses Schutzes genießen.

Wird hingegen der Beklagte mit der Eigenthumsklage belangt, so ist nichts billiger und gerechter,

[6] *Andr.* Mylius dissert. de exceptione dominii. Lipsiae 1695.

[7] doctrina de actionibus II. 8. 109.

ter, als daß er mit dem Beweise des Gegentheils, also auch mit der Einrede des ihm selbst zustehenden Eigenthums, vollständig gehört werde. Was bei der persönlichen Klage aus dem Contract allerdings in Betrachtung kommt, daß Beklagter sich nicht einseitig causam possessionis ändern dürfe, darauf ist bei angestellter dinglichen Klage keine Rücksicht zu nehmen, weil diese mit der persönlichen Verbindlichkeit des Beklagten, und seinem Verhältnisse aus Contracten nichts zu thun hat, sondern lediglich von der Begründung des dinglichen Rechts abhängt, was dadurch verfolgt werden soll. Dieß mag nun der Beklagte bloß leugnen, oder Einreden dagegen vorschützen, so muß ihm doch immer der Gegenbeweis und die Ausführung dieser Einreden gestattet, immittelst aber der Besitz der Sache ungestört gelassen werden[8].

Gesetzt

[8]) *Anton* Faber error. pragmat. VI. 5. Quisquis enim agit rei vindicatione, cogitur probare, se dominum esse, si negetur, nec prius potest vincere, quam intentionem suam impleverit — — Multum igitur interest, an conductor directa rei vindicatione, an ex contractu locationis a locatore conveniatur. Posteriore demum casu locum habet constitutio Iustiniani, non etiam priore etc.

Gesetzt nun, der Inhaber der Sache, z. B. der Pachter, wird nicht von seinem Mitcontrahenten sondern von Andern der Sache wegen in Anspruch genommen, so versteht es sich zwar von selbst, daß Personen, die an der Stelle des Verpachters nach geendigter Pachtzeit die Sache vermöge des Contracts zurückfordern, der Erbe desselben, der Cessionar oder die Concursgläubiger, sich gleicher Rechte als ihr Vorgänger zu bedienen haben, folglich eben so, wie er, die Einrede des Eigenthums gänzlich zurückweisen können. Wird hingegen von Andern nicht aus dem Contract, sondern sonst vermöge besonderer Rechte geklagt, so kann der Beklagte allerdings die Räumung der Sache ablehnen und darauf dringen, daß er zuförderst mit seiner Einrede des Eigenthums völlig gehört werde[9]. Dieß kommt ihm auch besonders gegen den Käufer der gepachteten Sache zu Gute. Denn obgleich das Ge-

[9]) Ant. Faber ibid.: Multo autem facilius, admittendum illud etiam est, si conductor ab alio quam locatore, ex aliqua causa, non tamen ex contractu ipso locationis conveniatur, permittendum illi esse, ut dominii quaestionem referat, negetque fuisse rem locatoris, quoniam et agente ipso locatore, dumne ex contractu locationis, eam quaestionem referre possit.

Gesetz diesen und andere besondere Nachfolger des Verpachters nicht verbindet, die Sache dem Pachter, so lange die Contractzeit dauert, im Genusse zu lassen, vielmehr ihnen das Recht giebt, vermöge ihres Eigenthums, sogleich auf die Abtretung der Sache zu dringen [10]), so können doch dem Pachter dagegen die Einreden nicht versagt werden, die er nicht sowol bloß aus persönlichen Contractsrechten gegen seinen Verpachter, als vielmehr aus eignen dinglichen Rechten an der Sache, mithin auch der Einwand nicht, den er aus dem ihm selbst zustehenden Eigenthume hernimmt, sondern er ist vollständig damit zu hören. Von der Vorschrift L. 25. C. *de locato conducto* würde ein solcher besonderer Nachfolger nur dann eine Anwendung für sich machen können, wenn er die Ablieferung der Sache mittelst der von seinem Vorgänger ihm abgetretenen Contractsklage verlangte. Mit dieser letztern kann er aber **vor geendigter** Pachtzeit den Pachter nicht verdrängen, da er, als Cessionar des Verpachters, nicht mehr Recht, als dieser, sich zueignen, folglich auch nicht früher, als es diesem der Contract erlaubt, auf die Ablieferung dringen kann.

Man

[10]) L. 9. C. *de locato conducto.* Westphal Lehre vom Kauf 2c. §. 1027.

Man hat dem besondern Nachfolger des Verpachters, wenn er vor geendigtem Contract den Pachter vertreiben will, vermöge L. 12. und 18. D. *de vi et vi armata* das Interdict unde vi oder die Spolienklage zugeeignet [11]), und daraus würde also folgen, daß dem Pachter keine in das petitorium gehörenden Ausflüchte, in so fern diese nicht sogleich schon erwiesen sind, gestattet werden können. Allein beide Gesetzstellen ergeben deutlich, daß sie eigentlich nur die Fälle betreffen, wo der Käufer **an der Stelle und im Nahmen des Verpachters** die Sache in Besitz zu nehmen sucht. Dieß setzt natürlich voraus, daß der Verpachter selbst dazu befugt, mithin die Pachtzeit geendigt sein muß. Die alsdann aus der Weigerung des Pachters, und der dadurch geschehenen Stöhrung des Civilbesitzes des Verpachters, entstehenden possessorischen Klagen können daher auf den Fall nicht bezogen werden, wo der Käufer vor geendigter Pachtzeit sein besonderes Recht an der Sache geltend machen will. Dazu

 kann

11) G. H. Ayrer pr. de genere actionis adversus conductorem cedere nolentem instituendae, Goett. 1739. in Eiusd. opusculis I. 6. J. L. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1004.

kann er sich nur der petitorischen Klage des Eigenthums, oder der Condition aus der angeführten L. 9. C. de loc. cond. bedienen. — Dieß wird zur Erläuterung des ersten Punkts, worauf es bei der Anwendnng L. 25. C. *de locato conducto* ankommt, genügen.

Hat **zweitens** der Beklagte den Contract selbst noch nicht zugestanden, oder ist dieser nicht schon erwiesen, so versteht es sich von selbst, daß von der Ablieferung der Sache an den Kläger vermöge dieser Verordnung die Rede nicht sein kann. Denn nach dem wesentlichen Grunde derselben muß es ausgemacht sein, daß Beklagter auf fremden Nahmen besitzt, und daß er in dieser Eigenschaft die Sache ungebührlich dem Kläger vorenthält. Ist dieß Verhältniß noch ungewiß, so hat der Kläger noch keinen rechtlichen Grund, die Einreden des Beklagten, ohne daß dieser damit gehört werden dürfte, abzulehnen. Mehr wird nicht nöthig sein hierüber anzuführen.

Die **dritte** Voraussetzung der Anwendbarkeit des erwähnten Gesetzes berechtigt den Beklagten, die Auslieferung oder Zurückgabe der Sache mittelst der Einrede des Eigenthums zu verweigern, wenn dieses Eigenthum vom Kläger zugestanden, oder sonst schon klar erwiesen ist. Die Lehrbücher

ver-

verweisen uns hier auf cap. 14. X. de rest. spoliat. und L. 31. D. depositi. Die erste Stelle handelt von einer Frauensperson, die zur Zeit noch nicht gültig mit Jemanden verlobt noch verheirathet war, also durch ihre freiwillige Entfernung durchaus keinen fremden Besitz stöhrte, und die der Papst daher auch nicht angehalten wissen wollte, zuvörderst an den Ort ihres bisherigen Aufenthalts zurückzukehren. — Dieß giebt wol bei der Frage, worauf es hier ankommt, kein Argument, da der Kläger, wenn gleich das Eigenthum des Beklagten erweislich ist, doch den bisherigen wirklichen Civilbesitz für sich hat. — Das zweite Gesetz enthält eine schöne Stelle aus den Schriften des Römischen Rechtsgelehrten **Tryphonin**, — beweiset allerdings schon etwas mehr als jene, und verdient ganz gelesen zu werden:

Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. Sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium, an vero cum praeceptis civilibus, et praetoriis: veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum, is deportatus est, bona eius publicata sunt; utrumne ipsi haec reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale ius et gentium intuemur, ei, qui dedit, restituen-

stituenda sunt: si civile ius, et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt. Nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. §. 1. Incurrit hic et alia inspectio, (an) bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumto, aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco, latro spolia, (quae) mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit; Si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo ademta sunt: et probo hanc esse iustitiam, *quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione.* Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit, quod et Marcellus in praedone et fure scribit. Si tamen ignorans latro, cuius filio, vel servo rem abstulisset,

apud

apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum; cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, *quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli*: sed etsi etiam nunc ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet. — Diese Worte erinnern an die bewundernswürdige Uebereinstimmung mit der Lehre der neuern Philosophie, welche man einmal als besondern Vorzug des Römischen Rechts zu rühmen fand. Die Lehrer des Civilrechts müssen diese Entdeckung schon mit Dank erkennen, da sie es sich doch wol nicht anmaßen werden, umgekehrt eben hieraus einen Empfehlungsgrund für die gedachte Philosophie herzunehmen[12]. Die Schlußworte: quia non est ex fide bona etc. können allerdings dem Beklagten zu Gute kommen,

[12]) Ueber die ganze Stelle ist *Gerhard* Noodt Probab. III. 2. und comment. ad Dig. Tit. depositi p. m. 290. nachzusehen.

wenn vermöge eines Contracts Sachen von ihm zurückgefordert werden, die erweislich sein Eigenthum sind. Zwar redet das Gesetz eigentlich von dem Fall, da der Eigenthümer der Sache es mit einem Diebe oder praedo zu thun hat. Allein nicht weniger unbillig würde es doch auch überhaupt, und mit der bona fides, worauf der Jurist gleichwol alles zurückführt, würde es eben so wenig zu vereinbaren sein, wenn der Kläger, des gegenseitigen erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache bestehen wollte. Die Gesetze verwerfen diese Chikane, — und anders verdient doch dergleichen Begehren nicht genannt zu werden — durchgängig ohne weitere Einschränkung. Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. L. 8. pr. D. *de doli mali et met. except.* Dazu kommt auch noch, daß L. 25. C. de locato conducto, indem sie den Beklagten anweiset, zuvörderst die Sache an den Kläger abzuliefern, *et tunc de proprietate litigare*, durch diesen Zusatz nicht undeutlich die Beziehung auf solche Fälle zu erkennen giebt, in welchen über das Eigenthum noch ein Streit Statt findet. Hieraus erhellet auch die ganze Absicht des Gesetzes, daß der Kläger in seinen Forderungen aus dem Contract durch die Ausflüchte des Beklagten nicht verzögert werden soll. Hievon

kann

kann aber die Rede nicht sein, wenn ihm etwas verweigert wird, wovon schon ausgemacht ist, daß er es nicht behalten darf. Mit diesen Gründen ist die entgegenstehende Behauptung Leysers [13]), daß der Beklagte auch mit dem in continenti zu beweisenden Eigenthume nicht zu hören sei, hinlänglich widerlegt.

Dem bisher Ausgeführten ist noch etwas über die Rechtsmittel, deren sich der Beklagte nach Abtretung der Sache zu bedienen hat, um diese wieder zu erlangen, ingleichen über die Wirkung des gehörig erwiesenen Eigenthums unter den Parteien hinzuzufügen.

Erstlich; daß der Beklagte, wenn er die Sache wegen des noch nicht erwiesenen Eigenthums an den Kläger abgetreten hat, sich sowol gegen diesen, als gegen Jeden andern Innhaber nunmehr der dinglichen Klagen — rei vindicatio und publiciana in rem actio — nach Beschaffenheit des gegenseitigen Besitzes bedienen könne, versteht sich von selbst. Ihm giebt aber auch zweitens die vorhin schon angeführte Rechtsregel, daß der vorige Contract selbst hier als ungültig zu betrachten sei, L. 45. D. *de Reg. iur.* noch ein anderes persönliches

[13]) Meditat. ad Pandect. spec. 153. n. 2.

Rechtsmittel — die condictio indebiti — an die Hand, womit er den vorigen Kläger jetzt in Ansprache nehmen, und von ihm die abgelieferte Sache wieder zurückfordern kann[14]). Mit eben dieser Klage kann er auch **drittens** in jedem Falle alles vermöge des an sich ungültigen Contracts an den Gegner bisher Geleistete zurück verlangen, nicht allein, wenn er mittelst der liquiden Einrede des Eigenthums die Sache selbst schon zurückbehalten, sondern auch wenn er sie einstweilen abgeliefert hat, jetzt aber nach zuvor bewiesenem Eigenthume die Wiederabtretung derselben fordert. Dieß bestätigen auch unsere Gesetze ausdrücklich: L. 20. C. de loc. cond.: Qui rem propriam conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, *sed inefficacem conductionis contractum facit.* — Hieraus folgt denn ganz natürlich, daß er berechtigt sein muß, das an Pacht Bezahlte wieder zurückzufordern, indem der Gegner dieß eben so, wie die Sache selbst, indebite erhalten hat. L. 23. C. ibid.: Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit, locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere; quum inscientia domini proprii et errantis nullum habeat consensum.

Sed

14) cit. L. 31. D. *depositi*, verb. fin.

Sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. Nemo enim sibi iure possessionem mutare potest. — Die Ausleger haben dieß Gesetz sehr verschieden erklärt. Westphal[15]) giebt Folgendes zur Erläuterung darüber: „Der, den man rei vindicatione „verklagte, führte seinen Gegenbeweis daher, daß „der Kläger ihm die ausgeklagte Sache verpachtet. „Dieß macht eine Präsumtion für ihn, aber nur „iuris, so probationem contrarii zuläßt, nicht „iuris et de iure. Wird ein darunter begangener „Irrthum bewiesen, so ist die Pachtung ungültig. „Der Verpachter war nicht im Besitz als dominus, „und hat ohne Willen des Eigenthümers durch den „Pacht seinen Besitz ändern wollen, welches wider „die Rechtsregel anstößt.“ Fast sollte man glauben, daß hier gleich anfangs ein Schreibfehler oder Druckfehler eingeschlichen sei. Denn wie kann man einen Gegenbeweis des Eigenthums daher führen wollen, daß der Kläger dem Beklagten die Sache verpachtet habe. Dieß wäre ja vielmehr eine Ausübung der Eigenthumsrechte, und wie konnte hieraus sogar eine Rechtsvermuthung gegen den Kläger entstehen? Die Worte: nemo enim sibi

15) Lehre vom Kauf rc. §. 920.

sibi iure possessionem mutare potest, machen in Verbindung mit dem Vorhergehenden allerdings einige Schwierigkeit. Ich könnte leicht mehrere Conjecturen darüber anführen. Das glossirte corpus iuris zählt deren schon fünfe auf. Mir scheint aber **Brunnemanns** einfache Erklärung des ganzen Gesetzes immer noch die richtigste. Zum Beweise des Eigenthums, man mag ihn als Kläger, oder als Beklagter zu führen haben, genügt nicht, daß man die Sache dem Gegner verpachtet hat. Denn dieser kann ja irrthümlich seine eigene Sache gepachtet haben, wodurch er seinem Rechte an sich nichts vergiebt, vielmehr ist alsdann die Pachtung selbst als ungültig und nicht geschlossen anzusehen. Doch ist dieß natürlich nur erst eine Folge des von ihm bewiesenen Eigenthums, und daher für ihn entschiedenen Rechtsstreits. Denn, einseitig darf er sich nicht causam possessionis ändern. Sed ex eventu si victus fuerit — nämlich der, welcher mit der Verpachtung das Eigenthum beweisen wollte — contractus locationis non constitisse magis declaratur. Nemo enim sibi iure possessionem mutare potest.

Da es indeß Verhältnisse giebt, in welchen Jemand seine eigene Sache gültig von andern leihen oder pachten kann, wie im vorhergehenden schon be-

bemerkt worden ist, und hiernächst die Zurückforderung des unpflichtig Bezahlten der Regel nach einen Irrthum des Zahlenden voraussetzt, so kann selbige auch hier nur in so fern Statt finden, als 1) der Pachtcontract unter diesen Parteien überhaupt nicht besteht. Hatte Jemand als Schuldner die verpfändete Sache von seinem Gläubiger, oder als Eigenthümer von dem, der den Genießbrauch hatte, gepachtet, so war der Handel an sich gültig und wirksam, und das Pachtgeld mit Recht, nicht indebite, bezahlt worden. Eben daher können auch 2) nur diejenigen Leistungen als unpflichtig betrachtet, und der Zurückforderung unterworfen werden, welche in eine Zeit fallen, da der Zahlende schon Eigenthümer der Sache, mithin der Contract bereits ungültig war. L. 9. §. 6. D. *Loc. cond.*: Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata, vel donata sit, non teneri me tibi ob pensionem. *Sed de tempore praeterito* videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur; et *pudo solvendum*. Julian setzt noch in der gleich darauf folgenden L. 10. ibid. hinzu: Et ego ex conducto recte agam, ut me liberes; welche Klage aber nach der richtigen Bemerkung **Westphals** [16]) nicht einmal nöthig ist, da sich diese

[16]) Ebendas. §. 919.

diese Befreiung für die Zukunft von selbst versteht. 3) Die Regel, daß eine wissentlich bezahlte Nichtschuld keine Zurückforderung zulasse, findet natürlich auch hier ihre Anwendung. Doch hat sie Ausnahmen, die bereits in einer andern Schrift besonders angegeben worden sind [17]), und zum Theil auch in Fällen, wovon hier die Rede ist, dem Zahlenden zu Gute kommen können.

[17]) Comment. de usuris indebite solutis etc. §. 14. in den Versuchen über das Civilrecht und dessen Anwendung pag. 305.

15.

Nähere Erläuterung des Satzes, daß Einreden kein Geständniß der Klage enthalten. — excipiens non confitetur. —

Der Beklagte kann Einreden vorschützen, woraus sich wol folgern lassen dürfte, daß an sich der factische Grund der Klage dadurch zugestanden sei. Wer vorgiebt, die Schuldvorderung des Klägers schon bezahlt zu haben, scheint zuzugeben, daß ursprünglich eine solche Forderung vorhanden gewesen, und also die Thatsache, worauf der Kläger sie gründet, der Wahrheit gemäß sei. Allein durchaus richtig ist diese Folgerung nicht. Denn man kann indebite bezahlt haben, und da die Einreden nur auf den Fall dem Beklagten zu Gute kommen sollen, wenn der Kläger erst vorher seinen Anspruch begründet hat, so würde es gerade gegen diesen

Zweck

Zweck und gegen die Absicht des Beklagten angehen wenn man gleichwol seine Einreden selbst gegen ihn gebrauchen, und eine Anerkennung des Klagegrundes daraus herleiten wolle.

Die Gesetze ordnen vielmehr ganz allgemein: exceptionem obiiciens de *intentione partis adversae* non intelligitur fuisse confessus. Cap. 6. X. *de exceptionibus;* so auch das Römische Recht: Non utique existimatur confiteri *de intentione adversarii*, quocum agitur, quia exceptione utitur. L. 9. D. *ibid.* Diese Vorschriften sind ganz der Natur der Einreden gemäß, und so bestimmt, daß der Richter sich keine Abweichung davon gestatten darf, wie sehr auch die Advocaten des Klägers es hierauf anlegen mögen.

Es kann sein, daß der Beklagte nach der besondern Proceßart, in welcher die Sache zu verhandeln ist, oder überhaupt nach Provinzialgesetzen und Gerichtsordnungen durch seinen Ungehorsam, wegen unterlassener pünktlichen Beantwortung der Klage die Folge bewirkt, daß er der letztern geständig geachtet wird, ob er gleich Einreden vorschützt. Aber dann ist natürlich das gegen ihn angenommene Geständniß ganz etwas anderes als wovon hier die Rede ist, und kann also nicht zu den Ausnahmen der eben angeführten Regel gerechnet werden.

Um

Um aber jeder Mißdeutung dieser Regel vorzubeugen ist vor allen Dingen zu bemerken, daß der Satz: excipiens non confitetur, immer nur so viel sagen will, daß durch die Einrede des Beklagten der Klagegrund selbst noch nicht zugestanden sei: de intentione partis adversae non intelligitur fuisse confessus — daraus folgt aber nicht, daß der Kläger die Gegenbehauptung des Beklagten nun gar nicht nutzen, noch irgend eine rechtliche Folgerung für sich daraus ableiten dürfe. Allerdings kann der Kläger 1) die besondern Thatsachen gerade so, wie sie der Beklagte zur Begründung seiner Einreden wirklich behauptet, als zugestanden zum Grunde legen, wenn er findet, daß daraus für ihn rechtliche Folgen abgeleitet werden können. Er kann auch 2) die Umstände, worauf jene Einreden gebaut werden, zum Zweck einer artificiellen Beweisführung mit benutzen, wenn selbige eine Schlußfolge für die Glaubwürdigkeit der dem Libell zum Grunde liegenden Thatsachen darbieten, und daher wenigstens so viel bewirken, daß der Kläger zum Ergänzungseide in Ansehung der unvollständigen Beweisführung gelassen werden darf. Nur geradezu soll aus der vorgeschützten Einrede kein Geständniß des factischen Grundes der Klage angenommen werden. Was aber der Beklagte einmal in facto

für sich anführt, das muß er auch als wahr und ausgemacht gegen sich gelten lassen.

Darin sind nun wol die mehrsten Rechtsgelehrten einig, daß, wenn der Beklagte die Thatsachen, worauf es ankommt, ganz bestimmt in seiner Antwort leugnet, und gewisse Einreden hinzufügt, alsdann aus den letztern durchaus kein Geständniß der wirklich verneinten Punkte der Klage gefolgert werden dürfe, wie widersprechend auch immer sein Vortrag scheinen mag. Man findet aber die Sache schon bedenklicher, wenn der Beklagte die Behauptung des Klägers an sich übergeht, und derselben nur eine Einrede entgegensetzt. „Das Geständniß, „sagt **Westphal** [1]), kann in ein **mittelbares**, „und **unmittelbares** eingetheilt werden. Das „erstere ist da vorhanden, wo der Beklagte mit „Ueberspringung des Grundes der Klage gleich „Einwendungen macht, welche die Richtigkeit des „Grundes voraussetzen. Wenn z. E. der Kläger „ein Legat fordert, der Beklagte aber darauf „versetzt, daß der Erblasser zu diesem Legat listig „beredet worden. In solchen Falle gesteht er „mit-

[1]) Oeffentliche und privat Rechtsgutachten und Erkenntnisse des Bürgerlichen Rechts, nach Ordnung der Pandekten tit. de confessis §. 6.

„mittelbar die Richtigkeit des Legats zu. Ein an„deres ist es, wenn er ausdrücklich das Legat leug„net, und nur eventuelle Einreden anhängt. In die„sem Falle gesteht er durch die Einwendungen nichts. „Im ersten kann man das Geständniß nur in sol„chem Proceß nicht annehmen, wo eine solenne Ein„lassung und Punkt vor Punkt erfordert wird. Hier „muß man erst auf eine bessere Einlassung erkennen. „Außer solchen Processen aber erkennt man bloß „auf Beweis der Einwendungen, weil der Grund „der Klage zur Nothdurft eingeräumt ist.“ Hiegegen läßt sich manches erinnern. 1) Der Begriff des **mittelbaren** Geständnisses, wie er hier vorgetragen wird, hat keine Realität. Es giebt nach der Natur und rechtlichen Bestimmung der Einreden keine, welche die Richtigkeit des Klagegrundes an sich und allein schon voraussetzen, ohne daß dieser sonst schon zugestanden oder erwiesen sein dürfte. 2) Das angeführte Beispiel zeigt dieß auch nicht. Denn ist das Legat an sich sonst nicht zugestanden, oder durch ein beigebrachtes Testament schon erwiesen, so bringt die bloße Einrede nichts weiter mit sich, als daß der Beklagte einen Schutz darin suche, wenn die Klage an sich auch gegründet wäre, nicht aber, daß sie dieses schon wirklich sei. 3) Und gäbe es dergleichen Einreden wirklich, wozu wäre es als-

dann nöthig, noch eine bessere Einlassung von dem Beklagten über diejenigen Punkte zu erfordern, die er schon durch die Einrede als wahr anerkannt hätte. Soll es ihm aber erlaubt sein, nun das wieder zu leugnen, was er bereits mittelst der Einrede zugestanden hat? 4) Die besondere Proceßart kann gewisse Einreden wenigstens zur Zeit unzulässig oder unwirksam machen. Aber von der verschiedenen Art des Processes kann doch die Beschaffenheit und der innere Gehalt einer und derselben Einrede nicht abhangen, so daß sie in der einen mehr, als in der andern, in jener zugleich ein Geständniß der Klage in sich schließt, in dieser aber nicht. Enthält die Einrede, daß der Erblasser zu dem Vermächtnisse mit List beredet sei, ein Geständniß des Legats an sich, wenn dieses nicht besonders geleugnet worden, so ist nicht abzusehen, warum der Grund der Klage nicht in allen Arten des Processes dadurch zugestanden sein sollte. 5) Ja es steht noch sehr dahin, ob dergleichen Einreden, wenn man sie wirklich annehmen könnte, nicht auch in Fällen, wo der Beklagte vorher die Klagepunkte verneint hatte, ihre Wirkung behaupten dürften, so daß vermöge derselben das Anfangs Geleugnete jetzt wieder als zugestanden angenommen werden müßte. Es fehlt auch wol nicht an Beispielen in der Erfahrung,

daß

daß diese Schlußfolge wirklich gegen den Beklagten gemacht wird. —

Richtiger ist es unstreitig, der gesetzlichen Regel ohne Einschränkung nachzugehen, und in den Einreden des Beklagten kein Geständniß der Klage zu suchen. Hat er es an gehöriger Beantwortung der letztern fehlen lassen, so ist ihm diese ferner aufzulegen, oder sonst nach den Folgen des Ungehorsams, wie sie die Proceßordnung bestimmt, gegen ihn zu verfahren. Dieß ist es auch, was der Verfasser eines neuern Versuchs über die gedachte Regel [2]) im Ganzen zugiebt. Nur glaubt er nach der Ordnung des gemeinen Deutschen Processes, besonders dem §. 37. des Reichsabschiedes von 1654. behaupten zu können, daß der Beklagte, welcher die pünktliche Antwort auf die Klage unterläßt, und nur Einreden vorschützt, sich eben dadurch dieser Bestreitung des Klagegrundes begeben habe, folglich dieser als zugestanden angenommen werden müsse, und der ganze Ausgang des Streits nunmehr nur von den Einreden und deren Begründung abhange. Gegen diese Vorstellung finden noch verschiedene Einwürfe Statt.

[2]) Gönner Prüfung des Satzes, daß eine Einrede kein Eingeständniß der Klage enthalte; in seinem Handbuche des gemeinen Deutschen Processes I. 13.

1) Meistens pflegen doch die Beklagten, wenn sie sich auf bloße Einreden einschränken, diese ausdrücklich als Proceß verhindernd — litis ingressum impedientes — vorzuschützen; und dann ist ja erst vom Richter zu entscheiden, ob der Beklagte sich einlassen müsse. Fällt diese Entscheidung für ihn aus, so wird die Klage abgewiesen, und es kann also von Einräumung ihres Grundes die Rede nicht sein. Gegen den Beklagten kann nur erkannt werden, daß er schuldig sei sich einzulassen; denn nur dieß steht jetzt zur Entscheidung des Richters. Dann kann er aber so gut verneinend, als bejahend auf die Klage antworten. 2) Gesetzt aber, der Beklagte hat, da er nur Einreden gegen die Klage vorbrachte, die Einlassung nicht ausdrücklich abgelehnt, was berechtigt den Richter, darum schon nach gemeinen Rechten, die übergangenen Klagepunkte für zugestanden anzunehmen? Aus der Vorschrift der Gesetze, welche dem Beklagten eine pünktliche Antwort zur Pflicht machen, folgt nur, daß der Richter ihn strenger dazu anhalten, nicht aber, daß er ihn dieser Antwort ganz verlustig erklären könne. Eben so läßt sich aus jener Unterlassung des Beklagten nicht mehr folgern, als daß er vermöge seiner Einreden die Einlassung auf die Klage habe ablehnen wollen, ohne dieß ausdrücklich zu erklären,

nicht

nicht aber, daß er alles zugestanden habe. 3) Ist der Beklagte in der Folge noch fortdauernd ungehorsam in Ansehung der ihm obliegenden gehörigen Einlassung, so erlauben die gemeinen Rechte keinen andern Nachtheil gegen ihn zu verfügen, als daß die Klagepunkte für abgeleugnet angenommen, und die Einreden des Beklagten nicht weiter zugelassen werden. Mit dieser Anordnung des gemeinen Rechts ist die entgegenstehende Behauptung **Gönners** nicht füglich zu vereinbaren. Kein Richter darf sich ermächtigt halten, andere Strafen des Ungehorsams zu verfügen, als sie die Gesetze selbst vorschreiben [3].

Beiläufig bemerke ich noch, daß der angeführte Schriftsteller seinen eigenen Behauptungen nicht ganz gleich bleibt, indem er am Schlusse seiner Abhandlung noch die Fragen aufwirft: Wenn Jemand eine Erbschaft als Intestaterbe einklagt, und der Beklagte, ohne auf diese zur Klage gehörigen Umstände zu antworten, die Einrede entgegensetzt, daß er Erbe aus einem Testament sei; sollte wol auch in diesem Falle ein Eingeständniß der Klage aus der unterlassenen speciellen Litiscontestation fließen? Ist wol der Kläger Intestaterbe,

 wenn

[3]) I. H. Boehmer I. E. Protest. II. 14. 3.

wenn der Beklagte das Dasein eines Testaments, worauf er seine Einrede baute, nicht beweisen kann? Er findet kein Bedenken, diese Fragen mit Nein zu beantworten, glaubt aber doch, daß dieß mit seinen vorigen Behauptungen gar wol bestehen könne, weil die Eigenschaft eines Intestaterben in dem erwähnten Beispiele die Legitimation zur Sache ausmache, welche von dem Eingeständnisse des Beklagten nicht ausschließend abhänge, sondern für welche der Richter von Amtswegen zu sorgen hätte. Mir scheint dieß nicht befriedigend. Die Eigenschaft eines Intestaterben betrifft in dem angeführten Falle vielmehr die Hauptsache, als bloß die Legimation zu derselben. Denn das Erbrecht selbst, was verfolgt wird, gründet sich darauf. Und überhaupt wäre doch nicht abzusehen, warum diese Eigenschaft nach des Verfassers eignen Grundsätzen nicht **unter diesen Parteien** als zugestanden, mithin als förmlich wahr angenommen werden müßte. Man sieht aber hieraus deutlich, welchen Schwierigkeiten seine Theorie in der Anwendung noch ausgesetzt ist. In allem Betrachte ist es richtiger, die Regel, die uns das Gesetz vorschreibt, unbedingt zu befolgen.

16.

Beitrag zur Erörterung der streitigen Rechtsfrage: Wem bei der negatorischen Klage die Beweisführung obliege? veranlaßt durch Hufeland's neuere Revision dieser Streitfrage.

Die von vielen Rechtslehrern vertheidigte Meinung, daß bei der negatorischen Klage nicht der Kläger, sondern der Beklagte die Beweisführung übernehmen müsse, hat neulich Hufeland[1]) durch zwei Gründe zu unterstützen gesucht, wovon der eine wenigstens nicht so ganz in derselben Vorstellungsart, der andere aber zur Zeit bei dieser Controverse noch gar nicht vorgekommen ist. Ich gestehe

 gern,

[1]) Gottlieb Hufeland's Revision der bekannten Streitfrage über die Beweislast bey der negatorischen Klage; in Dessen Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften IV. 10.

gern, daß ich mich noch immer vom Gegentheil überzeugt halte. Es würde aber ganz überflüssig sein, die Gründe dafür, welche ich überwiegend finde, hier zu wiederholen, oder eine Reihe von Autoritäten dafür anzuführen, da ich nur auf Cocceji und dessen Herausgeber Emminghaus [2]), noch besser aber jetzt auf Hufeland's erwähnte Revision selbst verweisen darf, wo man die verschiedenen Meinungen und ihre Vertheidiger, mit allen bisher gebrauchten Gründen und Gegengründen, wie es die mühsamste Nachlese älterer und neuerer Schriftsteller nur gewähren konnte, zusammen geordnet finden wird. Nur einige Bemerkungen über diese Controverse im Allgemeinen behalte ich mir vor, am Schlusse dieser Schrift noch hinzuzufügen. Zuvörderst aber ist jetzt meine Hauptabsicht auf eine nähere Prüfung jener beiden Gründe gerichtet, deren sich Hufeland noch besonders bedient, um den Kläger, des gegenseitigen Besitzes der Servitut ungeachtet, von der Beweislast zu befreien. Ich will sie mit den eigenen Worten des Verfassers anführen, um ihrer Stärke nichts zu benehmen.

„1)

[2]) *Sam.* de Cocceii ius civile controversum ex edit. et cum not. *Jo. Ern. Bernh. Emminghaus;* Tit. si servit. vindicetur VIII. 5. 4.

„1) Es giebt," sagt er, „meines Erachtens noch „ein bedeutendes neues, aus der Theorie des Rechts „herzunehmendes Argument für die bisherigen „Behauptungen, das darin besteht. Die Natur „der Präsumtion aus dem Besitz ergiebt deutlich, „daß sie schwächer sein muß, als die Präsumtion „für das Eigenthum und die natürliche Freiheit. „Nur dann wird nach dem Besitz entschieden, für „den Besitzer, daß er auch das Recht habe, ver= „muthet, wenn gar kein anderer Grund des Rechts „aufgefunden werden kann, und eben so wenig einer „dagegen ist. In dem hier zu untersuchenden Fall „aber ist ein Grund des Rechts selbst da, nämlich „das Eigenthum ist gewiß, und also die Folgen „daraus sind zugleich mit bewiesen. Man könnte „sogar sagen, daß nur uneigentlich eine **Prä= „sumtion** für die natürliche Freiheit behauptet „werden könne. Das Recht selbst ist wirklich be= „wiesen, dadurch, daß das Eigenthum, das den „Grund desselben enthält, außer Streit gesetzt „ist. — Ich gebe zu, daß dieß nur eine neue „Ansicht anderer bisher vorgebrachten Gründe, und „in so fern weniger bedeutend ist; allein als neue „Ansicht wird man mir wol das Eigenthum zuge= „stehen, und in dieser Beziehung derselben nicht „alles Gewicht absprechen."

„2)

„2) Zu diesem allen kommt als ein Hauptent„scheidungsgrund ein, so viel ich bemerkt habe, von „allen Rechtsgelehrten, die diese Frage berührt ha„ben, übersehenes Gesetz, nämlich L. 5. pr. D. *si „ususfr. petatur*[3]). Utifrui ius sibi esse, solus „potest intendere, qui habet usumfructum, „dominus autem fundi non potest: quia, qui „habet proprietatem, utendi fruendi ius sepa„ratum non habet. Nec enim potest ei suus „fundus servire: de suo enim, non de alieno „iure, quemque agere oportet. Quamquam „enim actio negativa domino competat adver„sus fructuariam: magis tamen de suo iure „agere videatur, quam alieno: cum invito se, „negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius „esse prohibendi[4]). *Quod si forte, qui agit, „dominus proprietatis non sit: quamvis fru„ctuarius ius utendi non habet: vincet tamen „iure, quo possessores sunt potiores, licet nul-*

lum

3) Es wird nicht undienlich sein, der von Hufeland angeführten Stelle auch noch die Anfangsworte des Gesetzes vorangehen zu lassen.

4) Nun folgt eigentlich die Stelle, welche Hufeland wörtlich als neuen Beweisgrund des vertheidigten Satzes anführt.

„*lum ius habeant.* Der Fall dieses Gesetzes ist „folgender: Es klagt einer, als ob er Eigenthümer „eines liegenden Guts sei, gegen den Nutznießer „oder denjenigen, der als solcher angesehen wird; „natürlich, wie aus den unmittelbar vorhergehenden „Worten sich ergiebt, und auch die Glosse hier aus„drücklich bemerkt, mit der negativa, oder (wie „die ältere Venetianische, Holoandrische und Sen„netorische liest) negatoria."

„Am Ende des Processes, also nach versuch„ten Beweisen, findet sich, daß der Kläger nicht „proprietarius sei. Das kann doch nichts anders „heißen, als daß er dieß Recht nicht bewiesen habe. „Nun besitzt der angebliche fructuarius das Gut, „hat zwar auch sein Recht des Nießbrauchs nicht „bewiesen, siegt aber doch wegen des Besitzes gegen „den Kläger, der theils nicht besitzt, theils nicht „Eigenthümer ist. Er siegt bloß, weil im Zwei„felsfall die Besitzer potiores sind, nämlich durch „die bekannte Rechtsvermuthung für den Besitzer. „Diese Präsumtion setzt hiebei, wie jede andere, „das Dasein eines an sich möglichen Rechts voraus. „Das doppelte habet, (oder das einzelne habet, „wenn auch das zweite: habeant zu lesen ist) kann „deswegen nichts mehr sein, als: sein Recht ist „nicht durch Beweis klar."

„Bei

„Bei der Betrachtung dieses Falls folgt aber „nun im Gegentheil, daß 1) gegen denjenigen, der „sich als proprietarium erweist, die **bloße Ver„muthung** für den Besitz nichts helfe. Hilft nun „diese Vermuthung dem Nießbraucher gegen den „Eigenthümer nicht, so muß er bei einem bloßen „Besitz dennoch wol gegen denjenigen, der bloß „sein Eigenthum dargethan hat, den Beweis sei„ner Befugniß übernehmen. —“

„2) Daß, wenn auf der andern Seite der Klä„ger besitzt, für diesen die Vermuthung aus dem „Besitze gelte. Nun aber läßt sich beim Nieß„brauch noch allenfalls ein Besitz der ganzen kör„perlichen Sache durch den Nutznießer denken; „bei andern, besonders dinglichen, Dienstbarkeiten „dies nicht einmal; denn da besitzt die ganze Sache „derjenige, der die Dienstbarkeit fordert, (wenig„stens als solcher) nie. — Demungeachtet hilft „denn doch jene Vermuthung, der klärsten Folge „aus jenem Gesetze gemäß, dem Nutznießer nur „gegen den nicht besitzenden Nichteigenthümer, also „weder wenn der Nichteigenthümer besitzt, noch „wenn der Nichtbesitzer sich als Eigenthümer legi„timirt. Bei andern Servituten ist aber sogar „immer ein anderer im Besitz der Sache; und also

„muß

„muß bei diesen in noch höherm Grade gelten, was „beim Nießbrauch gilt.“

„Eben so sieht es nun auch die Glosse bei diesem „Gesetze an, und diese Stelle in derselben ist der „eigentliche (aber von allen übersehene) Hauptort in „der neuen Geschichte dieser Lehre. Sein Zusammen„hang wird dies ohne allen Widerspruch erweisen: „Potiores, id est: petiore non implente suam „intentionem, etiamsi usufructuarius, qui est „in possessione, nihil probet ut C. de eden. l. „qui accusare C. de rei ven. l. res alienas l. de „interdict. §. commodum. Ceterum, si is, qui „intendit negatoriam, prodet se dominum, „denegabitur facultas fruendi fructuario, nisi „de suo iure probet, quia praesumitur res libe„ra nisi contra probetur ut C. de servitut. l. „altius C. de pign. act. l. nec creditores §. ut „autem. Si autem non possidet fructuarius „semper sive adversarius probet se dominum, „sive non, imponitur ei necessitas probandi.“

„Man wird ohne Bedenken eingestehen, daß „diese Stelle die Hauptbestimmung, hingegen L. 8. „§. 3. si serv. vind., die immer allein citirt wird, „nur eine Nebenrücksicht enthält.“

„Meine Leser mögen nun nach dieser Auseinan„dersetzung entscheiden, ob ich mich in der Revisions-

„instanz

„instanz der Rechtswohlthat, etwas neues beizu„bringen, zur Ungebühr bedient habe, oder ob ich „ein günstiges Urtheil erhalten soll.“

Diesem Allen glaube ich nun Folgendes entgegen setzen zu können. Was den ersten Grund anbetrifft, so will ich nur beiläufig zuförderst bemerken, daß gewisser Maßen schon Hellfeld[5]) im Ganzen eine ähnliche Idee hatte, ob er sie gleich so bestimmt nicht ausdrückte, und die Ausbildung, worin sie hier erscheint, unstreitig mehr dazu geeignet ist, der Sache ein noch größeres Gewicht zu geben. Hellfeld sagt: „Nec liberat ab haecce probatione reum quasi „possessio iuris, quod sibi vindicat. Domino „enim ius competit alios omnes ab usu rei „suae excludendi, quo contra quemlibet pos„sessorem uti potest, nec allegatio possessio„nis contra dominum prodest, nisi possessor „probet, ius sibi legitime adquisitum.“ Hiegegen habe ich schon immer in meinen Vorlesungen erinnert, daß zwar allerdings der Besitzer, welcher sich die ganze Sache anmaßt, und dem andern das Eigenthum streitig macht, nachdem dieses letztere erwiesen worden, dem Kläger weichen und die Sache abtreten müsse, daß aber in Streitigkeiten, wovon hier

[5]) *Jo. Aug.* Helfeld iurisprud. forens. §. 687.

hier die Rede ist, kein Grund daraus hergenommen werden könne, da dem Eigenthümer nicht sowol die ganze Sache und sein Eigenthumsrecht streitig gemacht würde, als vielmehr der Beklagte nur für sich ein Recht behauptete, was mit dem Eigenthume des Klägers an sich gar wol bestehen könnte, ja was seiner Natur nach immer eine fremde Sache voraussetzte, daher er auch, wenn dieses Eigenthum bewiesen wäre, darum noch nicht weichen dürfte.

Genau betrachtet möchte auch eben dieses der Vorstellung Hufeland's entgegengesetzt werden können. Warum sollte die Vermuthung für den Besitzer eines Rechts ihrer Natur nach schon schwächer sein müssen, als die Präsumtion für das Eigenthum und die natürliche Freiheit? Die Gesetze haben von der allgemeinen Regel, daß in zweifelhaften Fällen immer für den Besitzer entschieden werden soll, den Besitz unkörperlicher Sachen oder sogenannter Gerechtigkeiten keineswegs ausgenommen. Er muß also eben die Vortheile gewähren, die der Besitz überhaupt mit sich bringt. „Nur dann," sagt Hufeland, „wird nach dem Besitze entschieden, „für den Besitzer, daß er auch das Recht habe, ver„muthet, wenn gar kein anderer Grund des Rechts „aufgefunden werden kann, und eben so wenig einer „dagegen ist." Dies ist doch wol nur mit der

 nähern

nähern Bestimmung und in der Voraussetzung anzunehmen, daß die Gründe in Ansehung des Rechts, welche dem Besitzer entgegengesetzt werden, von der Beschaffenheit sein müssen, daß sie seine Anmaßung **völlig** ausschließen, daß das von ihm behauptete Recht, mit dem, was ein Anderer vor sich hat, nicht bestehen kann. Denn könnte beides neben einander sein, und aus dem Beweise des Einen nicht geradezu das Nichtsein des Andern gefolgert werden, so bliebe ja die Sache, was die angemaßte Befugniß des Besitzers betrifft, immer noch, was sie vorher war, nämlich zweifelhaft, gegen ihn rechtlich unausgemacht, und folglich würde und müßte ja dann die Rechtsvermuthung, die er einmal als Besitzer vor sich hat, in ihrer vollen Wirksamkeit wieder fortdauern. Maßt sich nun der Besitzer die ganze Sache eigenthümlich an, so folgt von selbst, daß er, wenn ein Anderer das Eigenthum bewiesen hat, weichen muß, weil aus dem gegen ihn bewiesenen Rechte alsdann ganz unstreitig das Nichtsein des seinigen folgt. Hingegen mit dem **Eigenthume** des Einen ist das **Nutzungsrecht** eines Andern an derselben Sache an sich allerdings vereinbarlich; mithin folgt aus dem Beweise des erstern noch keineswegs, daß das letztere nothwendig wegfallen müsse, daß es gar nicht vorhanden sei, und rechtlich nicht vorhanden sein könne.

könne. Die natürliche Freiheit der Sachen, das Recht des Eigenthümers, das Seinige für sich zu nutzen, und keinem Andern Gebrauch, oder Vortheile daraus zu gestatten, ist freilich Folge des Eigenthums, und man kann im Allgemeinen immer sagen, daß mit dem Eigenthume zugleich dieses Recht, als Folge desselben, mit bewiesen sei. Da aber dieß Recht doch auch Einschränkungen durch besondere Rechte Anderer zuläßt, so muß es natürlich aufhören wirksam zu sein, nicht nur 1) wenn dergleichen entgegenstehende Rechte rechtlich erwiesen sind; sondern auch 2) wenn in Ansehung ihrer so viel beigebracht ist, daß schon eine Rechtsvermuthung dafür streitet, und der Eigenthümer diese durch den Beweis des Gegentheils nicht zu heben vermag. Dergleichen Rechtsvermuthung giebt nun bekanntlich der Besitz, und es ist daher nicht abzusehen, warum dieser bei Rechten, die an sich mit fremdem Eigenthume ganz vereinbarlich sind, nicht auch selbst gegen den Eigenthümer die volle Wirkung haben sollte, die ihm die Gesetze einmal zugestanden haben.

Den zweiten Grund, hergenommen aus der L. 5. pr. D. *Si ususfr. petat* finde ich ebenfalls nicht zutreffend. Das Gesetz sagt im Ganzen nichts weiter, als daß der formelle ususfructus in der

Person des Eigenthümers nicht denkbar sei, nach der bekannten Regel: res propria nemini seruit, daß daher der Eigenthümer, um das Recht der Nutzung zu vindiciren, die confessorische Klage nicht für sich anwenden könne, da sie ein von der Proprietät abgesondertes Nutzungsrecht voraussetze, dieses aber nicht ihm, sondern nur andern zukomme, daß er hingegen diejenigen, die ohne Recht sich der Nutzung seiner Sache anmaßten, mit der negatorischen Klage belangen könne, daß er eben dadurch sein eigen Recht verfolge, indem er dem Beklagten den Genuß der Sache ohne Bewilligung des Klägers bestreite, oder seiner Seits ein Verbietungsrecht geltend zu machen suche. — magis tamen de *suo* iure agere videatur, quam alieno, quum *inuito se* negatius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. — Gesetzt nun, der Kläger, welcher mit dieser Negatorienklage den Genießbrauch des Beklagten anfechten will, ist nicht wahrer Eigenthümer der Sache, von deren Nutzung die Rede ist, kann wenigstens sein Eigenthum mit nichts bescheinigen, so fällt ja auf seiner Seite das Recht, der gedachten Nutzung zu widersprechen, — ius prohibendi — unstreitig weg, folglich muß er dem Beklagten weichen, wenn dieser selbst auch nicht das mindeste Recht der Nutzung hätte. Denn auf die Rechtmäßigkeit der Anmaßung des

des Beklagten kann nichts ankommen, sobald es ausgemacht ist, daß der Kläger derjenige nicht sei, dem die Befugniß zukomme, sich dieser Anmaßung zu widersetzen. Der Beklagte ist einmal im Besitz der Nutzung, und er kann daher, wie es jedem Besitzer zukommt, die Ansprüche eines Klägers, der ohne Recht gegen ihn auftritt, zurückweisen, gesetzt auch, daß er selbst ohne allen Rechtsgrund den Besitz und die Nutzung der Sache behaupten sollte. Dieß, und mehr nicht, sagen die Worte: Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuatius ius utendi non habet; vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. Die Folgerungen hingegen, welche Hufeland aus diesen Worten herleitet, die Voraussetzungen, die er dabei zum Grunde legt, sind meines Erachtens nicht gegründet, sondern in der That willkührlich angenommen.

Die ganze aus Ulpian's Büchern ad edictum entlehnte Stelle enthält, wie der Augenschein ergiebt, nur allgemeine Bemerkungen über die Klagen wegen des usus fructus, ohne alle Beziehung auf einen gegebenen Rechtsfall, auf den Gang, den dieser vor Gericht genommen, oder auf die Entscheidung, die er wirklich gefunden hat. Ich muß dieß zuförderst gegen die Form errinnern, welche Hufeland zur

Erklärung des Gesetzes gewählt hat. Wenn **Ulpian** sagt: quamuis fructuarius ius udendi non habet, vincet tamen etc. so deuten diese Worte offenbar nichts weiter an, als einen Besitzer, der sich ein Nutzungsrecht anmaßt, was er wirklich nicht hat. Das wir uns aber dabei einen Beklagten gedenken müssen, der das Recht des Genießbrauchs zu **beweisen versucht, aber nicht bewiesen habe**, ist eine Voraussetzung, wozu das Gesetz keinen Anlaß giebt. Der vermeinte fructuarius hat das Recht nicht. Dieß ist alles, was **Ulpian** hier anmerkt. Zu sagen aber; er hat es nicht, weil er es nicht bewiesen hat, und hieraus dann weiter zu folgern: daß er also als Beklagter auch schuldig gewesen sein müsse, den Beweis zu übernehmen, kann sicher aus den Worten, wie sie da stehen, nicht gerechtfertigt werden, und geht in der That auf eine petitio principii hinaus, da eben das die Streitfrage ist, wer den Beweis zu führen habe. Gesetzt, der klagende Nichteigenthümer könnte beweisen, und hätte auch wirklich bewiesen, daß der Beklagte das Nutzungsrecht nicht habe, so würde er darum doch mit seiner Klage nicht durchkomnen. Das: quamvis fructuarius ius utendi non habet, kann also in Beziehung auf einen gegebenen Rechtsstreit, an sich betrachtet, immer beide Fälle unter sich begreifen,

da entweder der Kläger das Nichtsein des streitigen Rechts darthut, oder der Beklagte das Sein dieses Rechts unerwiesen läßt. Warum sollte daher nur das Letztere hier allein angenommen werden, da doch **Ulpian** kurz vorher anmerkt, daß der Kläger hier ja auch de suo iure stritte, welches im Ganzen eher ihn, als den Gegner, zur Beweisführung verbindet.

Wenn nun **Ulpian** ferner sagt: vincet tamen iure, quo possessores, sunt potiores, licet nullum ius habeant, so glaube ich nicht, das sich hieraus die Folge hernehmen lasse: Also würde die bloße Vermuthung für den Besitz gegen denjenigen nichts helfen, der sich als proprietarium erwiesen hätte, folglich muß der Nießbraucher, dem diese Vermuthung gegen den Eigenthümer nichts hilft, bei seinem **bloßem** Besitz dennoch wol gegen denjenigen, der nur das Eigenthum dargethan hat, den Beweis seiner Befugniß übernehmen. — Das Argument a contrario, welches überhaupt große Vorsicht erfordert, ist hier sicher dem Sinne des Gesetzes gar nicht gemäß. Gegen den klagenden Nichteigenthümer siegt der Beklagte, vermöge seines Besitzes dergestalt, daß es gar nicht weiter zur Frage kommen kann, ob übrigens dieser Besitz von einem **Recht** die Sache zu nutzen begleitet sei oder nicht. Was folgt nun hieraus a contrario? Dieses, daß, wenn

der

der wirkliche Eigenthümer klagt, und sein Eigenthum bescheinigt, es nun allerdings darauf ankommt, und rechtlich ausgemacht werden muß, ob der behauptete usus fructus des Beklagten gegründet, oder nicht sei. Dieser kann also als Besitzer den zur Sache gehörig legitimirten Kläger nicht geradezu schon ganz zurückweisen, sondern muß sich jetzt einer rechtlichen Untersuchung seines angemaßten Rechts unterwerfen. Aber damit ist doch gewiß noch nicht gesagt, daß er nun auch alle Rechtsvermuthung, die der Besitz hervorbringt, verliere, daß er sich nicht allein die Untersuchung über die Rechtmäßigkeit seines Besitzes gefallen lassen, sondern sogar auch als Besitzer den Beweis des Rechts übernehmen müsse. Dieß, deucht mir, würde etwas mehr in die Conclusion bringen, als vorher in den Prämissen vorkam. Mit einem Worte: Das Eigenthum giebt dem Kläger ein Recht zu klagen, es legitimirt ihn zur Sache. Hingegen die Frage: wer den Beweis in dem Hauptstreite führen müsse, wird durch das erwähnte Gesetz gar nicht bestimmt.

Hieraus ergiebt sich auch, daß die zweite Folgerung, welche **Hufeland** aus diesem Gesetze in Beziehung auf Realservituten macht, nicht weniger ungegründet sei. Mag der Kläger hier auch im **Besitz der Sache** sein, so kann dieß doch den recht-

rechtlichen Folgen nichts nehmen, die der Beklagte als Besitzer des Rechts, worüber eigentlich gestritten wird, für sich anführen kann. So lange es noch nicht ausgemacht ist, daß das Eigenthum den Kläger von der Beweisführung, wovon hier die Rede ist, befreie, so lange wird dieß auch der Besitz der Sache nicht können, da dieser nicht mehrere Rechte als das erwiesene Eigenthum selbst geben kann.

Dieß mag über die neuern Gründe für den erwähnten streitigen Rechtssatz genügen. Was sonst dafür und dawider in den Schriften der Rechtsgelehrten, die an dieser Controverse Theil genommen haben, vorkommt, gehört, wie gesagt, zu meinem jetzigen Zwecke nicht. Ueberhaupt wird man zugeben, daß ganz bestimmte Gesetze die Frage: Wer den Beweis zu übernehmen habe? hier nicht ausdrücklich entscheiden. Desto nöthiger wird es sein, vor allen Dingen die Untersuchung auf die Natur der Sache, und allgemeine Rechtsgründe von der gerichtlichen Beweisführung, und der Verbindlichkeit sie zu übernehmen überhaupt zurückzuführen, dann aber mit den Resultaten, welche diese allgemeine Prüfung an die Hand giebt, die einzelnen Vorschriften der Gesetze, deren Inhalt mit der gedachten Frage in einiger Verbindung steht, zu ver-

gleichen, um zu sehen, in wie fern jene Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen mit diesen nähern Bestimmungen vereinbarlich sind.

Man wird bei dieser Art zu verfahren bald wahrnehmen, daß manche der bisher gebrauchten Gründe und Gegengründe nichts weniger als wahr und entscheidend sind, z. B. der so häufig vorkommende Satz, daß die Vermuthung für die natürliche Freiheit der Sachen stärker sei, als die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes. Womit will man dieß rechtfertigen? Muß doch die Vermuthung für die persönliche Freiheit des Menschen dem Besitze weichen, und nach klarer Vorschrift der Gesetze, derjenige, der aus der Sclaverei seiner Freiheit verfolgen will, den Beweis der letztern übernehmen. Qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare. L. 7. §. 5. D. *de liberali causa.* — — — Ob ein Beweis leicht oder schwer zu führen sei, kann keinen Einfluß auf die Rechtsfrage haben, wer ihn zu führen schuldig sei. — Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit. L. 23. C. *de probationibus.* Unmöglich ist der Beweis von Seiten des Klägers nicht, da sich ja allerdings ein fehlerhafter Besitz des Beklagten, ein Verlust der Servitut nach bekannten Rechtsgründen,

be=

beweisen läßt, auch die Eideszuschiebung dem Kläger unbenommen bleibt. Wenn das eben angeführte Gesetz aber weiter sagt: Per rerum naturam factum negantis non est probatio — heißt denn da negare nichts anders, als einen verneinenden Satz aussagen — wie könnte dann bei der condictio indebiti dem Kläger der Beweis obliegen? — oder ist in Beziehung auf streitende Theile wol nicht derjenige negans, der einer Behauptung, sie sei bejahend oder verneinend, womit ein anderer gegen ihn auftritt, widerspricht?

Wenn L. 8. §. 3. D. *Si servit. vind.* ausdrücklich des Beweises nicht erwähnt, wol aber petitoris und possessoris partes unterscheidet, so vergleiche man doch damit L. 14. D. *de probat* und cit. L. 7. §. 5. D. *de lib. causa.* um zu sehen, was diese Ausdrücke in ihrem vollen Umfange eigentlich sagen wollen.

Der Gerichtsgebrauch bedeutet nichts; auf ihn ist hier desto weniger zu achten, eben weil beide Theile von einer praxis uniuersa zu sagen wissen.

Nach meiner Ueberzeugung wird die Meinung, welche dem Kläger die Beweisführung auflegt, nach ächten Rechtsgründen erwogen, immer ein großes Uebergewicht behalten.

Bei dem Verleger dieses Werks sind noch folgende juristische Werke zu haben:

Engelbrechtii (H. H. ab) Observationum selectarum forensium, maximam partem accessionum ad Mevii Opus Decisionum, 4 Specimina. gr. 4. 1748—71. 3 thlr. ist sehr rar.

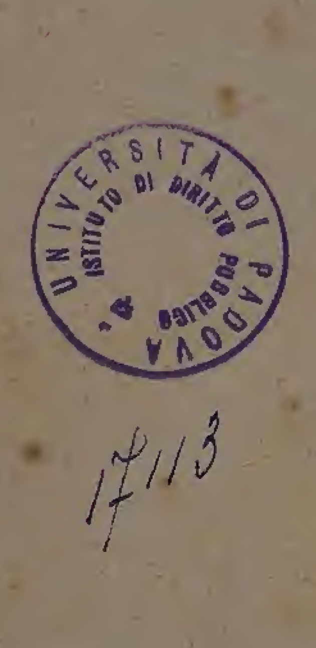
Senfii, H. C. L., Synopsis Juris civilis universi et Juris judiciarii Saxonici tabulis comprehensa et in usum Juris Studiosorum, cum excellentissima diligentia elaboratus C. A. Hennicke, Advocat. immatricul. Lips. Editio secunda Emendatior et Auctior. (suo Praelo.)

Webers D. A. D., Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung; 4te verbesserte Auflage gr. 8. 1811, 2 thlr.

— Ueber Injurien und Schmähschriften, 3 Theile, 4te umgeänderte Auflage gr. 8. 1820. 1821. 2 thlr. 12 gr.

— Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 3 Hefte, 4te unveränderte Auflage. gr. 8. 1820 u. 823. 21 gr.

— Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 2 Theile, nach dem Tode des Verfassers herausgegeben von dessen Sohne Hrn. D. A. W. L. Weber, Großherz. Meckl. Strehlitz. wirklichen Kanzlei-Rathe. gr. 8. 2 Theile, 1820. 4 thlr. 18 gr.


UNIVERSITÀ DI PADOVA
ISTITUTO DI DIRITTO PUBBLICO
17113


Università di Padova


Weber's
gerichtliche
Klagen
und
Einreden
Proc. Civ.
E.1
W-1

dessen Einfluß bei dem ordentlichen Richter ihm fürchterlich war ¹). Die Sachen wurden alsdann dem

¹)



m
in
mit
43

nariis ad eos esset provocatum. Atque eius-
modi

dem Befinden nach entweder zum Zweck der höchsten Entscheidung in consistorio principis förmlich

E 3 ver-



dus est, ut regalem sensum contemnat: cum
et